IL
DIRITTO CIVILE ITALIANO

SECONDO LA DOTTRINA E LA GIURISPRUDENZA

ESPOSTO

DAI PROFESSORI

ABELLO LUIGI—BIANCHI EMILIO—BRUGI BIAGIO—COVIELLO NICOLA
CUTURI TORQUATO—DUSI BARTOLOMEO—FERRARA FRANCESCO
FERRINI CONTARDO—FIORE PASQUALE—LOMONACO GIOVANNI
MIRABELLI GIUSEPPE—PIOLA GIUSEPPE—PIOLA-CASELLI EDUARDO
PULVIRENTI GAETANO—RAMPONI LAMBERTO—SIMONCELLI VINCENZO
VENEZIAN GIACOMO—VITALI VITTORE

PER CURA DI

PASQUALE FIORE
Professore ordinario dell'Università di Napoli

PARTE OTTAVA

DELLE IPOTECHE

II.

NAPOLI	TORINO
EUGENIO MARGHIERI	UNIONE TIP.-EDIT. TORINESE
83, Ott. Gall. Umb. I.	Corso Raffaello, 28

1908

DELLE

IPOTECHE

PER L'AVVOCATO

EMILIO BIANCHI

Professore della R. Università di Pisa

VOLUME SECONDO

Seconda impressione

NAPOLI
EUGENIO MARGHIERI
83, Ott. Gall. Umb. I.

TORINO
UNIONE TIP.-EDIT. TORINESE
Corso Raffaello, 28

1908

Delle Ipoteche

TITOLO II

FORMALITÀ IPOTECARIE

SOMMARIO

325. In un sistema ipotecario fondato interamente sul grande principio della pubblicità, esplicato e condotto a un notevole grado di sviluppo, se non alla perfezione ultima, nell'interesse dei terzi, col principio della specialità, le formalità destinate a tradurre in atto cotesti principii hanno una importanza indiscutibile; il diritto d'ipoteca rimane allo stato d'inerzia finchè la sua esistenza non è rivelata dalla *iscrizione* regolarmente eseguita sui registri a ciò destinati; è modificato nei suoi effetti dalla *annotazione*; nella estensione sua dalla *riduzione*; è pregiudicato dal decorso del tempo, ove non sia conservato con la *rinnovazione*, a meno che non si tratti d'ipoteche eccezionalmente dichiarate esenti da tale formalità; perde finalmente il suo principale effetto, cioè la prelazione del credito con essa garantito, in forza della *cancellazione*; reputiamo perciò conveniente di aggruppare in questo titolo tutto ciò che si riferisce a tali formalità, parlando in separati capitoli di ciascuna di esse e dei fatti giuridici che dànno luogo alle medesime: ciò può farsi liberamente prima di parlare degli *effetti* della ipoteca; ometteremo soltanto tutto ciò che si riferisce alla sua *estinzione*, perchè sarebbe illogico parlare della cessazione del rapporto giuridico prima di averne specificati gli effetti tanto di fronte

al debitore che l'ha costituita, quanto di fronte al terzo possessore dell'immobile ipotecato.

Alla speciale trattazione di tutto ciò che attiene in particolare alle surricordate formalità — iscrizione, annotazione, riduzione, rinnovazione e cancellazione — reputiamo indispensabile premettere in apposito capitolo il commento del titolo XXV Libro III Cod. civ. « *Della pubblicità dei registri e della responsabilità dei conservatori* », coordinando le relative disposizioni con quelle della legge speciale ipotecaria (1) e del relativo regolamento (2), attinenti al sistema di pubblicità escogitato dal legislatore e costituenti una premessa indispensabile per la completa conoscenza dell'importante argomento.

Invero riuscirebbero oscure e spesso incomprensibili le disposizioni riguardanti le singole formalità, se prima non ci facessimo ad esporre le norme stabilite dalla legge per il regolare funzionamento dei registri alla cui materialità sono raccomandate, e per il puntuale adempimento degli obblighi imposti al pubblico funzionario che è chiamato ad eseguirle ed a farne constare nell'interesse della pubblicità e della specialità del sistema ipotecario.

Osservammo già che le disposizioni del ricordato Titolo XXV si collegano strettamente con quelle del Capo II del Titolo XXIII, ed esprimemmo il divisamento di comprenderle in congiunta trattazione (3); portiamo adesso in atto questo divisamento, con la

---

(1) R. Decreto 13 settembre 1874 n. 2071 approvante il testo unico delle leggi sulle tasse ipotecarie e sugli emolumenti dovuti ai conservatori, sostanzialmente modificato, a scopo puramente fiscale d'inasprimento di tasse, con la legge 8 agosto 1895 n. 486 (allegato *G* all'art. 3) che abolisce gli emolumenti principali ed aumenta le tasse ipotecarie.

(2) R. Decreto 25 settembre 1874 n. 2130 approvante il regolamento per l'esecuzione della legge sulle tasse ipotecarie e sugli emolumenti dovuti ai conservatori delle ipoteche. V. ancora R. Decreto 25 settembre 1895 n. 601 contenente approvazione del nuovo Regolamento su questa materia.

(3) Nel vol. I di questo trattato, n. 1 pag. 2.

persuasione di giovare notevolmente all'ordine logico della esposizione; con ciò veniamo ad alterare in modo assai sensibile l'ordine adottato dal legislatore; ma lo facciamo deliberatamente, con la convinzione che se ne avvantaggerà grandemente quella chiarezza, che in un trattato elementare, dedicato più tosto alle applicazioni pratiche della legge che alle scientifiche disquisizioni, deve essere, ed è indubbiamente, il precipuo obbiettivo di chi scrive.

CAPO I

DELLA PUBBLICITÀ DEI REGISTRI E DELLA RESPONSABILITÀ DEI CONSERVATORI.

SOMMARIO

326. Premessa.

326. Questo primo capitolo sarà da noi diviso in tre sezioni destinate ad esporre tutto ciò che importa conoscere riguardo ai registri ipotecari, alla loro pubblicità e alla responsabilità dei conservatori.

SEZIONE I

REGISTRI IPOTECARI.

SOMMARIO

327. Registro generale d'ordine. Suo scopo e sua importanza — 328. Presentazione contemporanea di richieste — 329. Pagamento anticipato delle tasse ipotecarie — 330. Registri particolari — 331. Iscrizioni soggette; iscrizioni non soggette a rinnovazione — 332. Vidimazione dei registri — 333. Norme stabilite per la loro tenuta. Osservanza della serie delle date, dei fogli e dei numeri d'ordine — 334. Divieto delle interlinee e degli spazi in bianco. Modo di eseguire le cancellature — 335. Chiusura dei registri alla fine di ciascun giorno — 336. Repertorio e altri registri sussidiari prescritti dal regolamento — 337. Inamovibilità dei registri ipotecari—338. Necessità dei duplicati a torto disconosciuta dal legislatore.

327. Il legislatore esplica i grandi principii della pubblicità e della specialità della ipoteca, proclamati nell'art. 1965 Codice

civile (1), mediante rigorosa e costante applicazione della regola che la preferenza è desunta dalla priorità del tempo (*prior in tempore, potior in jure*); la qual regola si applica non soltanto da giorno a giorno, ma altresì da ora ad ora e da momento a momento di una stessa giornata; era per ciò necessario stabilire anzitutto la tenuta di un registro generale in cui dovessero essere annotate le diverse operazioni richieste al conservatore, con la regolare esibizione dei documenti richiesti per eseguirle, affinchè ciascuna prendesse il relativo numero d'ordine e potesse con ciò stabilirsi con matematica precisione la respettiva precedenza.

Invero non è soltanto fra operazioni della stessa specie che può verificarsi conflitto e conseguente necessità di sapere quale meriti di essere preferita; non soltanto fra più iscrizioni, o fra più trascrizioni, richieste contro la stessa persona e sopra gli stessi fondi, ma ancora fra operazioni dello stesso genere ma di specie diversa; Tizio si presenta, a mo' di esempio, ad iscrivere una ipoteca giudiziale sul fondo *B* di proprietà di Caio suo debitore, nel giorno stesso in cui Sempronio richiede la trascrizione del contratto con cui ha acquistato da Caio il medesimo fondo; Mevio richiede l'annotazione in proprio favore di una iscrizione ipotecaria sotto una data, mentre, sotto la stessa data, il debitore esibisce il consenso o la sentenza occorrente perchè quella ipoteca sia cancellata; i particolari registri delle singole formalità non darebbero il modo di risolvere le gravi questioni che sorgono in questi ed in consimili casi, perchè non sarebbe dato desumere se l'ipoteca sia stata iscritta prima che l'acquisto fosse reso pubblico per mezzo della trascrizione, se l'annotazione sia giunta in tempo ad impedire la cancellazione.

A queste e ad altre consimili esigenze risponde il registro generale d'ordine di cui è parola nell'art. 2071 Cod. civ.: « I con-

---

(1) V. vol. I di questo trattato, nn. 27 e seg., p. 58-78.

« servatori sono obbligati a tenere un registro generale, ossia « d'ordine, in cui giornalmente annoteranno al momento della « consegna ogni titolo che viene loro rimesso per la trascrizione, « iscrizione od annotazione.—Questo registro, diviso in altrettante « caselle, esprimerà il numero d' ordine, il giorno della richiesta, « la persona dell'esibitore e quella per cui la richiesta vien fatta, « i titoli presentati colle note, l' oggetto, vale a dire se per tra- « scrizione, iscrizione o annotazione, e le persone rimpetto alle « quali devono farsi. — Appena seguìta la consegna di un titolo « o atto, o di una nota, il conservatore ne darà ricevuta in carta « libera all' esibitore senza spesa: la ricevuta conterrà l' indica- « zione del numero d'ordine ».

Quest'ultima indicazione è la chiave del sistema, imperocchè stabilisce l' ordine di precedenza fra le diverse operazioni e vale, nella massima parte dei casi, ad eliminare conflitti che diversamente sarebbero fomite di liti e di gravissime difficoltà.

Essendo possibile il caso che due persone si presentino nello stesso giorno allo stesso ufficio ipotecario per richiedere l' adempimento di formalità riguardanti la stessa persona e gli stessi beni, la legge doveva fornire il modo di determinare l'ordine di precedenza; il registro generale serve a questo scopo, perchè ogni domanda prende un proprio numero d' ordine, che determina la preferenza dovuta a ciascuna (1); nel caso poi che due esibitori,

(1) In ciò il Codice civile segna un notevole progresso sul Codice francese che all'art. 2147 considerava come pari di grado tutte le ipoteche iscritte nella stessa data: « Tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence « une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du ma- « tin et celle du soir, quand cette difference serait marquée par le conservateur ». Questa regola, che il Pont (*op. cit.*, XI, 734) chiama giusta e ragionevole, mutuata alla legge 11 brumaio anno VII, mantenuta, malgrado lodevoli sforzi per abbandonarla, durante gli studii di riforma del 1851, contradiceva manifestamente al sommo precetto della materia ipotecaria « *prior in tempore, potior in jure* ». Ritorneremo sull' argomento al Titolo III ove sarà parlato degli effetti della ipoteca.

rappresentanti interessi in conflitto fra loro, si presentino contemporaneamente per richiedere l'adempimento di date formalità, occorre distinguere se queste possono concorrere, o sono fra loro incompatibili; se sono concorrenti, si ammette, come vedremo a suo luogo, la collocazione nel medesimo grado dei diritti assicurati con le operazioni stesse (1); se le operazioni sono fra loro incompatibili, perchè non possono coesistere, e la preferenza accordata all' una esclude irreparabilmente la efficacia dell'altra, si rende necessaria l'applicazione dei principii del diritto comune (2).

Salvo casi rarissimi, nei quali la contemporaneità della richiesta rende impossibile l' applicazione della massima *prior in tempore, potior in jure*, questa è dunque applicata, mediante il registro generale d' ordine, con scrupolosa severità. Anco fra due trascrizioni di atti d' acquisto dello stesso immobile, il registro generale offre il modo di determinare, d' ora in ora, di minuto

---

(1) Art. 2008, 2009 Cod. civ. Qui non possiamo che fare un cenno fugace dell' importante argomento, per determinare lo scopo del « *registro generale* ». Lo svolgimento di tutto ciò che attiene all' argomento stesso, troverà la sua sede naturale al Titolo III, siccome alla nota precedente è stato accennato. Osserviamo frattanto che disponevano come il Cod. francese le leggi civili napoletane art. 341, il Cod. Parmense art. 2215, il Cod. estense art. 2218, il Cod. albertino art. 2276, il Regol. pontificio art. 179, la legge ipotecaria toscana art. CVII.

(2) Così se due creditori si presentassero contemporaneamente per annotare in loro favore una iscrizione ipotecaria in virtù di due atti di cessione totale della ipoteca stessa, o se due acquirenti dello stesso fondo si presentassero nello stesso istante a richiedere la trascrizione del loro titolo d'acquisto. Osserva a quest'ultimo riguardo il Borsari (*Commento all'art.* 2071, vol. IV, parte II, § 4328) che non potendo dividersi i vantaggi di due trascrizioni, come si assegna a due creditori il medesimo grado ipotecario, converrà indagare la realtà del fatto, ed esaminare quale dei due acquirenti abbia conchiuso prima il contratto d'acquisto.

in minuto, la precedenza (1); alla precedenza effettiva del contratto di acquisto non dovrebbe aversi riguardo che nel caso, poco probabile e poco frequente, che i due acquirenti si fossero presentati nello stesso preciso istante, con i loro titoli in perfetta regola e con le loro note, allo sportello dell' ufficio di conservazione.

328. Il registro generale di cui è parola nell' art. 2071 Codice civile serve adunque per determinare l'ordine di precedenza delle diverse operazioni che vengono richieste in uno stesso ufficio ipotecario, ordine che deve essere serbato nell' eseguire poi le operazioni stesse sui registri particolari di trascrizione e d' iscrizione. Il registro generale consiste in un libro a matrice, dal quale, operazione per operazione, viene staccata la ricevuta in carta libera della quale parla l' ultimo capoverso dell' articolo: così l'esibitore ottiene ad un tempo la prova del pagamento della tassa richiesta per l' adempimento della formalità e la prova del numero d'ordine spettante alla medesima: le due cose sono strettamente connesse fra loro, perchè per ottenere l' adempimento di una formalità non basta presentare i relativi documenti in perfetta regola, occorre ancora anticipare le tasse occorrenti, non essendo il conservatore obbligato a compiere la inserzione sul registro generale e a rilasciare la relativa ricevuta, se non per quelle operazioni per le quali viene anticipato il pagamento delle tasse prescritte dalla legge.

Invero per l' art. 11 della legge 13 settembre 1874, in que-

---

(1) La Cass. di Torino ebbe a decidere ripetutamente che per determinare quale tra due trascrizioni debba avere la prevalenza, bisogna stare al numero d' ordine di ciascuna di esse anco nel caso in cui le due trascrizioni siano state eseguite nel medesimo giorno (Cass. Torino, 25 settembre 1878, *Annali di giur. ital.*, XII, I. 1, 588; 27 settembre 1879, *Annali cit.*, XIV, I, 1, 185). V. ancora in argomento l' altra sentenza della stessa Corte suprema, 22 agosto 1882 (*Giur. tor.*, XX, 7).

sta parte non modificata dalla recente legge 8 agosto 1895, l'anticipazione delle tasse ipotecarie è a carico del richiedente, quando il richiedente stesso non sia obbligato dal suo ministero a richiedere la formalità (1); per conseguenza il conservatore può rifiutarsi dall'adempierla se l'importo della tassa non è anticipato (2).

Se pertanto si presentassero contemporaneamente due esibitori per richiedere l'adempimento di una stessa formalità, o di formalità diverse contro la stessa persona e sopra gli stessi beni, quello che offre immediato pagamento della tassa dovuta viene

---

(1) « Per eccezione è ammesso che la tassa non debba essere anticipata « quando trattisi d'iscrizioni od annotamenti che per la speciale loro natura « sono richiesti dal *Ministero pubblico* nell'interesse dei privati, da *pubblici uf-* « *fiziali*, od anche da privati, in forza di un obbligo imposto loro dalla legge. « In questi casi l'ufficio delle ipoteche dovrà enunciare il debito della tassa e « degli emolumenti nel certificato che si consegna, e dovrà promuovere contro « i debitori gli atti occorrenti per la esazione dell'imposta » (art. 13). Lo stesso ha luogo per le operazioni richieste nell'interesse delle amministrazioni dello Stato, se le relative spese devono essere sopportate da altri (art. 14); sono esenti interamente da tasse le iscrizioni dirette ad assicurare l'esazione delle multe e delle spese di giustizia penale (cit. art. 14). Nei casi nei quali la tassa non è anticipata al momento in cui si richiede la operazione, la si esige dal conservatore con lo speciale procedimento stabilito dalle leggi sul registro (la ingiunzione vidimata dal pretore serve di titolo esecutivo) e le relative azioni si prescrivono in due anni se si tratta di tassa supplementare, in dieci anni se si tratta di tassa principale (art. 17, 18 legge 13 settembre 1874). È degno di nota l'art. 16 della legge stessa: « Le tasse stabilite dalla presente « legge sono garantite dal credito iscritto e sono privilegiate sopra tutte le altre « ragioni che possono spettare ad altri sul credito medesimo ».

(2) Quando fu discusso in seno alla commissione coordinatrice il progetto di codice civile il ministro delle finanze aveva proposto un'aggiunta in questo senso all'art. 2098 (art. 2069 Cod. civ.); ma la commissione non la ritenne indispensabile non essendo « necessario d'inserire veruna disposizione nel codice « per autorizzare il conservatore a rifiutarsi di ricevere i titoli e di addivenire « all'atto se non gli sono pagati i relativi diritti » (*Processi verbali*, XLIII, 8). Sull'obbligo di anticipare le tasse ipotecarie cons. Venezia, 6 luglio 1873 e Cass. Firenze, 7 maggio 1864, *Legge*, XIV, I, 1033, 1045.

necessariamente ad essere preferito all' altro che si presentasse sfornito dei mezzi occorrenti per fare l' anticipazione. Sarebbe però in facoltà del conservatore di prescindere dall'anticipazione, e di eseguire l' operazione a suo rischio e pericolo, per un sentimento di fiducia verso il richiedente; ma in tal caso sussisterebbe a suo favore un semplice credito personale, non garantito, nel privilegio e nel modo di esazione, dalle disposizioni della legge speciale (1). Il terzo che si vedesse per ciò posposto, non avrebbe diritto di dedurre il mancato pagamento della tassa come causa di nullità della operazione: si tratta di un fatto d'ordine interno, di un rapporto d' indole privata fra il richiedente e il conservatore, che non può produrre effetti di fronte ai terzi.

Una volta che l'operazione è eseguita, una volta che l'adempimento della relativa formalità resulta dai registri ipotecarii, i terzi non possono essere ammessi a dedurne la nullità per il mancato pagamento della tassa. Il rapporto di credito che sussiste in tal caso verso le persone interessate nella operazione, riguarda puramente e semplicemente l'amministrazione finanziaria dello Stato, se la operazione doveva essere eseguita senza esigere il precedente pagamento della tassa pel verificarsi di uno dei casi contemplati dall'articolo 13 della legge ipotecaria 13 settembre 1874 (2); riguarda soltanto il conservatore, se, trattandosi di un caso ordinario in cui il richiedente era obbligato, pel disposto dell'art. 12 della stessa legge, all'anticipazione della tassa, l'operazione è stata compiuta senza che l'anticipazione stessa venisse eseguita (3).

---

(1) Nel silenzio degli scrittori e della giurisprudenza ci sembra questa la vera soluzione da darsi alla questione. Il privilegio e l' esazione privilegiata spettano al conservatore nei casi tassativamente contemplati negli art. 13 e 14 della legge.

(2) V. sopra p. 8 nota 1 ove è riportato il testo del predetto art. 13.

(3) V. il richiamo alla nota precedente.

329. La sola differenza fra i due casi consiste in ciò, che se il richiedente non era obbligato al pagamento della tassa, e la operazione doveva essere eseguita indipendentemente dal pagamento stesso, il conservatore non ha altro obbligo che quello di promuovere contro i debitori della tassa gli atti necessarii per esigerla; se le ragioni di questa, per quanto garantite sul credito iscritto e privilegiate sopra tutte le altre ragioni che possono spettare ad altri sul credito medesimo, non servono a farne ottenere il pagamento, perchè il credito non risulta utilmente collocato in graduatoria, se l'azione personale contro i coobbligati, solidalmente tenuti al pagamento, resulta infruttuosa, il conservatore viene ad essere esonerato da qualsiasi responsabilità di fronte alla pubblica amministrazione; se invece il richiedente era obbligato al pagamento anticipato della tassa, ed il conservatore non si è curato di esigerla, eseguendo egualmente la operazione, in tal caso egli è responsabile verso lo Stato del relativo importare; dato pure che non riesca ad esigerlo per la insolvenza dei coobligati, la tassa deve considerarsi come versata nelle casse dello Stato ed il conservatore è obbligato a rifonderla, perchè la perdita sarebbe imputabile alla sua condiscendenza. Se infatti avesse richiesto l'anticipazione, come ne ha diritto pel citato art. 12 della legge, o il richiedente, cui premeva l'adempimento della formalità, si sarebbe procurato i mezzi per farla, o non avrebbe insistito per esigere che si facesse l'operazione; nel primo caso il credito dello Stato sarebbe sorto, ma sarebbe stato contemporaneamente soddisfatto; nel secondo non sarebbe sorto, ma non sarebbe neppure stato ingombrato il registro ipotecario per una operazione che non doveva essere eseguita finchè la relativa tassa non era stata anticipata.

Per questo dicevamo più sopra che il conservatore che eseguisce una operazione per la quale la tassa deve essere anticipata senza esigerne l'anticipazione, ha una semplice azione personale

verso i coobbligati e non può valersi dei modi di esazione privilegiati concessi dagli art. 16 e 18 della legge. Disponendo questa che l'anticipazione delle tasse è a carico del richiedente, porge al conservatore il modo di non eseguire le operazioni se la tassa non è anticipata; ove il conservatore le eseguisca, corre la fiducia del richiedente e non può avvalersi dei modi privilegiati di esazione concessi dalla legge; il suo credito, puramente fondato sulla fiducia, non può essere fatto valere, che con l'azione personale, esperibile nei modi ordinarii, dinanzi alla competente autorità giudiziaria (1).

330. Oltre al registro generale devono tenersi dal conservatore registri particolari per le trascrizioni, per le iscrizioni soggette a rinnovazione, per le iscrizioni non soggette a rinnovazione, per le annotazioni (art. 2072 Cod. civ.): devono tenersi inoltre da lui gli altri registri che sono ordinati dai regolamenti (articolo 2072 capov. Cod. civ.), registri dei quali sarà tenuto parola a suo luogo (V. più oltre al n. 336).

La importanza di questi registri particolari è grandissima, perchè in essi propriamente si estrinseca e si traduce in atto il principio della pubblicità. Il registro generale d'ordine non ha che una funzione iniziale e preparatoria, in quanto serve a constatare il preciso momento in cui è stato domandato l'adempi-

(1) Noi crediamo, in conseguenza, che sotto le L. 1500 sarebbe competente il pretore e sotto le L. 100 il conciliatore del domicilio del debitore, senza che facciano ostacolo le disposizioni degli art. 70 e 71 del Cod. di proc. civ. per le quali le controversie sulle imposte dirette o indirette sono escluse dalla competenza di quei due giudici minori. Nella specie configurata non vi ha controversia intorno alla tassa ipotecaria, sebbene essa sia da annoverarsi fra le imposte indirette. Nei rapporti dello Stato, che ha diritto di esigerla, la tassa è come pagata, perchè ne è responsabile il conservatore e la cauzione da lui prestata nell'interesse dello Stato, sostanzialmente diversa nello scopo e nel contenuto da quella prestata nell'interesse del pubblico (art. 28 legge 13 settembre 1874), risponde per lui.

mento di una data formalità; la funzione sostanziale e definitiva è affidata ai registri particolari di trascrizione e d' iscrizione. In questi il conservatore fa riprodurre, secondo l'ordine di presentazione, le note di trascrizione e d' ipoteca a lui presentate in doppio originale dai richiedenti; ed è da questi che si desume l'anteriorità di un trapasso di fronte ai terzi, la priorità di una iscrizione ipotecaria nei rapporti fra più creditori garantiti sullo stesso immobile. Non minore importanza ha il registro particolare ordinato per le annotazioni, sebbene la cessione, la surrogazione, il pegno, la postergazione e le operazioni consimili, che si fanno per via di annotazione secondo l'art. 1994 Cod. civ., debbano farsi in margine o in calce dell' iscrizione alla quale si riferiscono. Il registro riproduce e conserva i titoli in forza dei quali l'annotazione è stata eseguita e i terzi interessati possono, in virtù di esso, riscontrarne in ogni tempo la regolarità.

331. Per le iscrizioni ipotecarie il legislatore ha prescritto due registri separati secondo che sono soggette a rinnovazione o no (1); non soggette a rinnovazione sono soltanto, come a suo luogo vedremo, le ipoteche legali iscritte a favore della moglie contro il marito, le quali conservano il loro effetto, senza l'adempimento della periodica formalità, durante il matrimonio e per un anno successivo allo scioglimento del medesimo (art. 2004 Cod. civ.); le altre iscrizioni conservano la ipoteca solo per trent'anni dalla loro data (art. 2001 Cod. civ.); era per ciò necessario far constare della loro esistenza in separati registri, onde facilitare le ricerche dirette e constatare la libertà degl' immobili o i pesi da cui sono gravati; per le ipoteche ordinarie basta risalire con queste ricerche a trent' anni addietro; una ipoteca più antica, se

(1) In questo senso deliberò dopo matura discussione la Commissione di coordinamento nella seduta antimeridiana del 22 maggio 1865 (*Verbali*, XLIV, n. 2). Ne terremo parola commentando l'art. 2001 esonerante l' ipoteca legale della moglie dall'obbligo della rinnovazione.

non è rinnovata nel periodo trentennale, ha perduto il suo effetto utile; ma per le ipoteche dotali la ricerca va spinta indefinitamente, posto che il proprietario dell'immobile, o uno dei suoi autori, sia tuttora unito in matrimonio, o non sia peranche decorso un anno dallo scioglimento del medesimo: per questo è sommamente utile il registro particolare delle iscrizioni non soggette a rinnovazione; essendo esse poche di numero, di fronte a tutte le altre iscrizioni che vi sono soggette, le ricerche che devono instaurarsi sono più facili e più spedite.

All' inconveniente poi che potrebbe derivare dall' essere prese in registri separati due iscrizioni sullo stesso immobile, l' una soggetta, l'altra non soggetta a rinnovazione, in quanto, se fossero prese nello stesso giorno, non sarebbe dato dai registri stessi argomentare il grado rispettivo, supplisce il numero d' ordine desunto dal registro generale. Se nello stesso giorno 30 novembre 1896 si trovano iscritte sull' immobile *A* una ipoteca dotale al vol. 5 art. 101 del registro delle iscrizioni non soggette a rinnovazione, ed una ipoteca ordinaria al vol. 396 art. 2 del registro delle iscrizioni soggette a rinnovazione, non è dato, col solo confronto dei due registri, desumere quale delle due deve essere preferita; ma il registro generale dirà quale ha grado prevalente: si troverà, per esempio, che l' ipoteca dotale ha, nel registro generale, il numero d' ordine 1652, mentre l' ipoteca ordinaria ha il numero d'ordine 1648; questa sarà collocata prima, quella dopo, nel giudizio di graduazione.

Per questo è degna di lode la pratica di quei conservatori che rilasciando i certificati riportano per ogni trascrizione o iscrizione, non soltanto il volume e l'articolo del registro particolare, ma ancora il numero d'ordine del registro generale. Oltre al caso contemplato di sopra, di iscrizioni prese nello stesso giorno nei due separati registri, vi è l'altro di una trascrizione e di una iscrizione gravanti lo stesso immobile e aventi la stessa data; soltanto dal

numero d'ordine del registro generale è dato desumere quale delle due operazioni meriti sull' altra la preferenza.

332. Tanto il registro generale d' ordine, quanto i registri particolari delle trascrizioni, delle iscrizioni e delle annotazioni, sono così importanti, che il legislatore ha ordinato la loro vidimazione in ogni foglio dal presidente o da un giudice del tribunale civile nella cui giurisdizione è stabilito l' uffizio, e la indicazione nel relativo processo verbale del numero dei fogli e del giorno in cui sono stati vidimati (art. 2073 Cod. civ.). Invero è affidata ai registri stessi la sorte dei cittadini e la conservazione delle private fortune sostanzialmente ne dipende; chi ha ottenuto una iscrizione che gli assicura il diritto di prelazione sul prezzo di un determinato immobile, deve viver sicuro che un conservatore o un commesso infedele non lo privino della sua garanzia sostituendo un foglio ad un altro: sarebbe facile sostituire una iscrizione ad un' altra scritta della stessa mano; ma la vidimazione del magistrato rende impossibile la sostituzione, la quale potrebbe compiersi soltanto con un reato di falso che non potrebbe restare celato.

La legge si contenta della vidimazione in ciascun foglio come per i registri dello stato civile (art. 357 Cod. civ.); non ha richiesto la sottoscrizione in ciascun mezzo foglio, come pel testamento segreto (art. 782 Cod. civ.), perchè la sostituzione del mezzo foglio non contenente la vidimazione, non potrebbe farsi senza che ne restasse traccia sul registro nel quale si fosse compiuta (1).

---

(1) In ordine alla disposizione che stiamo esaminando non vi sono, per quanto sappiamo, decisioni speciali; ma la Cass. di Napoli (29 luglio 1891, *Foro it.*, 1891, I, 977) risolvendo, in senso della validità, e a parer nostro erroneamente, la nota questione se il testamento segreto scritto in un solo foglio sia valido, quantunque semplicemente sottoscritto dal testatore in fine delle disposizioni e non nel mezzo foglio che ne contiene il principio, ebbe occasione

333. Norme minuziose sono anche dettate dal legislatore nel capoverso dell'art. 2073 Cod. civ. per ciò che attiene alla natura di questi registri e alla loro chiusura giornaliera, all' oggetto di evitare le frodi in pregiudizio delle persone interessate.

Nei registri deve anzitutto essere rigorosamente osservata la serie delle date dei fogli e dei numeri d'ordine (art. 2073 capov. ult. Cod. civ.). Ognuno dei volumi dei quali è composto il registro ha un numero progressivo e non può cominciarsi il volume fino a che non sia completamente esaurito il volume precedente; in ciascun volume poi, ogni trascrizione, ogni iscrizione, prende un numero d'ordine proprio progressivo al momento in cui viene riprodotta nel medesimo: in tal modo ogni formalità, oltre che dalla data o dal numero d'ordine del registro generale, viene ad essere individualizzata dal numero del volume e dall'articolo sotto il quale si trova riprodotta nel registro particolare. Così la designazione di una trascrizione o di una iscrizione, quando si tratta di annotarla o di consentirne la cancellazione, può essere fatta con matematica esattezza, e sono impossibili gli equivoci e gli errori che potrebbero avere, nella pratica, dannosissime conseguenze.

Dovendosi consentire od ordinare per provvedimento giudiziario la cancellazione di una iscrizione ipotecaria, o dovendosi, più generalmente parlando, disporre in qualsiasi modo intorno ad una operazione iscritta sui registri, la indicazione della data, del volume e dell' articolo, offre al conservatore il mezzo di eseguire con sicurezza la formalità richiesta, ed offre in pari tempo ai terzi interessati gli elementi necessari per apprezzarne la perfetta regolarità.

---

di dare del *foglio* una definizione che ci sembra esatta: « *Il foglio piegato com-* « *prende due carte e quattro pagine, il mezzo foglio una carta e due pagine* ». La definizione può applicarsi senza dubbio al caso contemplato nell' art. 2073.

Se per cancellare una data iscrizione bastasse inserire nell' atto di consenso o nel provvedimento che ne tiene luogo l' ordine impartito al conservatore di cancellare l'iscrizione della ipoteca presa da Tizio contro Caio, potrebbero nella esecuzione della formalità verificarsi errori e danni irreparabili, se vi fossero più iscrizioni iscritte in epoca diversa a favore dello stesso creditore contro lo stesso debitore; anche la indicazione della data della iscrizione non basterebbe sempre ad ovviare all' accennato inconveniente, ben potendo accadere che in uno stesso giorno siano state prese più iscrizioni interessanti attivamente e passivamente le stesse persone; ma la indicazione del volume nel quale è contenuta, e dell'articolo sotto il quale è nel volume stesso riportata la iscrizione riguardo alla quale la formalità è richiesta, serve a tranquillizzare ad un tempo il conservatore ed i terzi interessati, intorno alla perfetta corrispondenza della operazione voluta con quella effettivamente eseguita.

334. Sempre all' oggetto di assicurare la regolare tenuta dei registri il legislatore prescrive inoltre che questi siano scritti di seguito senza lasciare spazi in bianco, nè interlinee, e senza aggiunte (art. 2073 capov. 1° princ. Cod. civ.); le aggiunte che possono occorrere, per essersi omessa qualche parola dal copista nella riproduzione delle note nei registri, non sone contemplate dalla legge; ma poichè sono pure indispensabili, dato che la omissione siasi verificata, è a ritenersi per analogia di quanto dispongono la legge notarile e le altre concordanti, che il conservatore debba provvedere mediante postilla, scritta in fine del foglio o dell' articolo, debitamente firmata e approvata, e riferita al suo vero luogo con apposito segno di richiamo.

Se poi vi fossero parole da cancellare, la legge provvede con apposita disposizione: la cancellazione di parole deve essere approvata dal conservatore in fine di ciascun foglio colla sua firma e coll'indicazione del numero delle parole cancellate (art. 2073 ca-

poverso 1° in fine Cod. civ.). Anche qui la legge non dice come debba farsi constare della cancellazione al luogo stesso in cui trovansi le parole cancellate; ma è ovvio che la cancellazione deve essere fatta mediante semplice lineatura o incasellatura delle parole cancellate, in modo che queste rimangono tuttora leggibili; l'analogia della legge notarile e le norme che regolano, in generale, la tenuta dei pubblici registri, non lasciano sorgere in proposito il menomo dubbio.

È poi indubitato che i conservatori e i loro commessi non possono assolutamente operare cancellazioni, sia pure di una sola parola, in altro modo, segnatamente per mezzo di corrosivi o di raschiatura fatta con istrumenti taglienti. Dicendo la legge che le cancellature devono essere fatte ed approvate nel modo surriferito, esclude la possibilità di farle in modo diverso.

La contravvenzione alle disposizioni dell'art. 2073 Cod. civ. esporrebbe il conservatore, pel solo fatto materiale dell'essersi verificata, all'applicazione di una multa estensibile a lire duemila secondo dispone l'art. 2075 Cod. civ. Infatti questo articolo è così concepito: «I conservatori sono tenuti di conformarsi nell'esercizio delle loro incombenze a tutte le disposizioni di questo titolo, ed alle altre disposizioni delle leggi che li riguardano sotto pena di una multa estensibile a lire duemila».

La multa è dovuta in ragione della inosservanza delle disposizioni legislative, indipendentemente dal danno che tale inosservanza può avere arrecato ai terzi, interessati alla regolare tenuta dei registri (1). Il danno risentito da queste persone dà luogo a speciale risarcimento secondo i principii stabiliti dalla legge intorno alla responsabilità dei conservatori, principii dei quali sarà tenuta parola nella Sezione III di questo capitolo.

(1) Persil, *op. cit.*, sull'art. 2197 Cod. francese; Pont, *op. cit.*, XI, 450; Cattaneo e Borda, *Commento* all'art. 2075 Cod. civ.; Mattei, *Commento* all'articolo citato; Borsari, *Commento*, § 4331.

335. In terzo ed ultimo luogo, sempre all' oggetto di assicurare la regolare tenuta dei registri, ed evitare la possibilità di frodi in danno dei terzi interessati, la legge prescrive che i registri siano al fine di ciascun giorno chiusi e firmati dal conservatore (articolo 2073 capov. 2° Cod. civ.).

Con questa disposizione legislativa sono strettamente connesse quelle concernenti l'orario di ufficio delle conservatorie ipotecarie, le quali disposizioni, sebbene regolamentari, hanno grandissima importanza (1), e sono poi convalidate dall' art. 2070 Cod. civ., pel quale i conservatori non possono ricevere alcuna domanda di trascrizione o d'iscrizione (e sarebbe stato bene aggiungere ancora di annotamento e di cancellazione) fuorchè nelle ore determinate dal regolamento, nelle quali l'uffizio è aperto al pubblico.

L'osservanza dell'orario è nella materia ipotecaria veramente sostanziale; infatti chi ha verificato a chiusura di ufficio la inesistenza di trascrizioni o d'iscrizioni gravanti un determinato immobile, ha diritto di sapere a quale ora precisa deve presentarsi all' uffizio delle ipoteche il giorno di poi, per conservare efficacemente un diritto sull' immobile stesso; chi è interessato nella situazione giuridica di determinati beni, ha diritto di vivere sicuro che nelle ore in cui l' uffizio è chiuso al pubblico, non può verificarsi cambiamento alcuno in questa situazione. L' apertura anticipata, anche di brevi istanti, la chiusura ritardata, anco per tempo

(1) Con decreto luogotenenziale del dì 8 agosto 1866, n. 3144 fu stabilito in modo uniforme per tutto il regno l'orario degli uffizi delle ipoteche: « Articolo 1. Gli uffizi delle ipoteche debbono rimanere aperti al pubblico, senza interruzione, dalle ore nove antimeridiane alle quattro pomeridiane nei giorni feriali, dalle ore nove antimeridiane al mezzodì nei giorni festivi. Art. 2. L'orario stabilito con l' articolo precedente deve essere affisso alla porta d' ingresso dell' uffizio ». Tali disposizioni furono poi riprodotte nell' art. 10 del Regolamento per l' esecuzione della legge sulle tasse ipotecarie approvato con R. decreto 25 settembre 1874, n. 2130, serie 2ª, e sono tuttora in vigore.

brevissimo, possono creare odiose e dannosissime diseguaglianze. Chi ne fosse danneggiato avrebbe diritto di far constare con processo verbale redatto da notaro della infrazione dei regolamenti e della indebita esecuzione delle formalità.

Dato però che il conservatore avesse annotato nei registri la chiusura all'ora prescritta dal regolamento, non sarebbe ammessa la prova contraria se non per via di querela di falso, perchè il conservatore, come pubblico ufficiale, attribuisce la pubblica fede ai suoi registri, secondo i principii che regolano appunto l'attendibilità degli atti pubblici (art. 1315, 1317 Cod. civ.).

336. Oltre il registro generale d'ordine, che determina il preciso momento in cui è domandata la esecuzione di una data formalità, ed i registri particolari che ne manifestano la esistenza ed il preciso modo di essere, il conservatore delle ipoteche è obbligato a tenere gli altri registri che sono ordinati dai regolamenti (art. 2072 Cod. civ.).

Questi registri, per l'art. 3 del regolamento approvato con R. decreto 25 settembre n. 2130 (serie 2ª), sono: 1.° Il repertorio dei debitori; 2.° Il repertorio dei creditori; 3.° Il repertorio per le trascrizioni; 4.° La tavola alfabetica dei debitori, dei creditori e delle persone a favore delle quali o contro le quali si operano le trascrizioni; 5.° La rubrica alfabetica dei cognomi; 6.° Il registro degli emolumenti; 7.° Il libro dei debitori delle tasse ipotecarie (1).

Tralasciando di occuparci dei due ultimi registri, che hanno carattere puramente fiscale e non interessante il nostro studio (2),

---

(1) È inoltre prescritto nello stesso art. 3 che il registro generale, ossia d'ordine, serva anche per allibrare in riscossione le tasse tanto principali che suppletive esatte per la formalità, non escluse quelle annotate a debito.

(2) Ci limitiamo ad avvertire che il registro degli emolumenti ha perduto gran parte della sua importanza dopo che, con la recente legge 8 agosto 1895, n. 486 all. *C* all' art. 3 sono stati aboliti i principali emolumenti dei conservatori, assegnando a questi funzionari uno stipendio fisso, e si sono notevol-

osserviamo che gli altri cinque, benchè prescritti dal regolamento, sono dichiarati obbligatorii dalla legge, perchè senza di essi non potrebbero farsi le ispezioni e le ricerche rese necessarie dalla pubblicità del regime ipotecario.

Le formalità ipotecarie si compiono, non già in riguardo ai beni gravati, come avviene dove è accolto il sistema dei libri fondiarii, ma bensì in riguardo alla persona del proprietario; ed è perciò che il repertorio, la tavola alfabetica e la rubrica che ne facilitano l'esame, sono strumento indispensabile di pubblicità, stabilito nell'interesse pubblico, come norma elementare e indeclinabile di un razionale ordinamento degli uffizi ipotecari (1).

In ogni ricerca che vuolsi fare intorno alla condizione giuridica di un immobile, appurato prima di tutto all'ufficio catastale il nome e cognome del suo proprietario attuale e dei suoi autori

---

mente inasprite le tasse ipotecarie. Sulle tasse ipotecarie e sulle leggi che le riguardano può utilmente consultarsi il commento di CLEMENTINI, nella *Raccolta delle leggi speciali fondata da Pacifici-Mazzoni*, Serie 3ª, vol. X.

(1) Cass. Torino, 12 agosto 1887, *Legge*, 1888, I, 11. Questa decisione è degna di nota, perchè corresse un evidente errore della Corte d'appello di Casale, la quale aveva ritenuto che la tenuta del registro-repertorio fosse ordinata per mero comodo del conservatore. La Cassazione ritenne invece che lo fosse anche, e principalmente, nell'interesse pubblico, per rendere facili e spedite le ricerche nei registri ipotecari. Era stata omessa in un certificato ipotecario una iscrizione, e la omissione era stata cagionata dal fatto che la iscrizione non figurava nel registro-repertorio preso a guida dal conservatore nel rilasciare il certificato. Non si disconosceva la responsabilità verso la parte danneggiata dalla omissione, ma si disputava se tale responsabilità facesse carico al conservatore che aveva rilasciato il certificato incompleto, o al suo predecessore, che, non curando a suo tempo l'annotazione della iscrizione nel repertorio, aveva dato luogo all'errore. La responsabilità di quest'ultimo era manifesta, perchè il nuovo conservatore non poteva essere obbligato a leggere da cima in fondo tutti i registri particolari delle iscrizioni per trovarvi la iscrizione che fu omessa nel certificato. Ciò dimostra quanto sia essenziale la perfetta corrispondenza dei repertorii prescritti dall'art. 3 del Regolamento con i registri di cui all'art. 2072 Cod. civ.

tutti, risalendo al trentennio, si deve incominciare dalla rubrica alfabetica, risalendo da questa alla tavola, e dalla tavola al repertorio; la rubrica non dà che il cognome; la tavola il nome di tutte le persone di uno stesso cognome con la paternità e con le altre indicazioni che possono servire a identificarle; il repertorio finalmente contiene un elenco sommario delle iscrizioni tutte esistenti contro o a favore di ogni singola persona, con le indicazioni principali, cioè la data, il volume e l'articolo del registro particolare e la somma per cui sono iscritte; per conoscere poi i beni gravati con ciascuna iscrizione, la data e la natura del titolo costitutivo e le altre indicazioni importanti, conviene ricorrere al registro particolare.

Ciò dimostra la grande importanza del repertorio e dei registri che aiutano a consultarlo; senza di esso le ricerche sarebbero impossibili, dato il modo nel quale è tenuto il registro particolare che comprende, una dopo l'altra, tutte le iscrizioni di un intero trentennio. Basta la omissione nel repertorio, perchè una iscrizione ipotecaria sfugga alla più accurata ricerca, esponendo gl'interessati a gravi danni, che non sempre la cauzione del conservatore e la sua personale responsabilità bastano a rifondere, ed a spiacevoli sorprese (1).

---

(1) Col sistema tavolare le omissioni e gli errori sono impossibili, avendo ogni fondo un apposito foglio sul quale vengono iscritte le ipoteche, i passaggi e le modificazioni della proprietà. La pubblicità con tale sistema non è soltanto il mezzo di rendere operative di effetto di fronte ai terzi le contrattazioni concernenti i beni immobili, ma è condizione essenziale del perfezionamento e della efficacia delle contrattazioni medesime anco nei rapporti fra le stesse parti. Una ipoteca quindi non esiste e non prende grado finchè non è iscritta nel libro fondiario di fronte al fondo gravato; in teoria avviene lo stesso anche nel sistema nostro, perchè la ipoteca ha effetto e prende grado in virtù della sua iscrizione e dal momento in cui questa è eseguita; ma mentre là sono impossibili gli errori e le omissioni, qui lo sono pur troppo, e la pratica ne porge frequentissimi esempi. L' ipoteca è acquistata validamente o conservata con la iscrizione; ma se il repertorio non ne rivela la esistenza, un

337. Alla tenuta dei registri ipotecari ed alla loro conservazione si riferisce finalmente la disposizione dell'art. 2074 Cod. civ.: « I registri sopra accennati non possono mai essere levati dall'uf« fizio del conservatore, fuorchè per ordine d'una corte d'appello « quando ne fosse riconosciuta la necessità, e mediante le cautele « che verranno determinate dalla stessa corte ». L'asportazione dei registri dall'uffizio destinato a conservarli rende impossibili, o per lo meno difficili, sia pure temporaneamente, quella serie di ricerche e quell'immediato rilascio di certificati e di copie, che servono ad applicare ed a condurre alle sue ultime conseguenze il principio della pubblicità. A una misura così grave non può ricorrersi se non in casi di assoluta imprescindibile necessità, della quale il legislatore vuole sia giudice autorevole una corte d'appello; se pertanto la necessità si manifesta nel corso di un giudizio di falso pendente avanti un tribunale civile, e sarà questo il caso più frequente in cui potrà manifestarsi la necessità stessa, non sarà il tribunale, ma bensì la corte d'appello, che dovrà ordinare la remozione temporanea di quei registri che possono servire alla retta risoluzione della controversia, ordinando in pari tempo quelle cautele che saranno reputate opportune.

Queste cautele, sebbene la legge nol dica, possono essere preordinate a raggiungere due scopi ben diversi richiesti egualmente dalle circostanze del caso; da un lato la sicura conservazione dei registri fuori della loro sede ordinaria; dall'altro la possibilità di continuare su di essi le ricerche nell'interesse del pubblico anche nel periodo di tempo in cui i registri devono restar fuori dell'uffizio ipotecario. In ordine al primo scopo, potrà ordinarsi che i

---

secondo creditore può prestare il suo danaro reputandosi primo iscritto, e un compratore può acquistare un fondo gravato credendolo libero, e trovarsi così a pagare due volte il prezzo dello stesso immobile, col solo rimedio di un'azione di responsabilità verso il conservatore.

registri da asportarsi siano affidati alla cancelleria del tribunale del luogo dove si trova l'ufficio ipotecario, o di quello dove pende la causa; in ordine al secondo, la formazione di un duplicato dei registri da asportarsi, da eseguirsi a cura del conservatore, e da restare nell'ufficio finchè non vi tornino i registri originali, sarà il migliore dei temperamenti fra quelli che potrebbero essere ordinati dalla corte.

La necessità di asportare i registri si presenterà del resto in casi rarissimi; se la causa che darebbe luogo a questa grave misura è pendente avanti il tribunale della giurisdizione, questo può accedere all'uffizio ipotecario per esaminare i registri in contraddittorio delle parti; se la causa pende avanti altro tribunale, possono essere delegati all'accesso i magistrati locali; se finalmente si tratta di falsificazioni, la nomina di periti e il loro personale intervento ai locali dell'uffizio, servirà nella maggior parte dei casi a fare piena luce senza che sia necessario ricorrere al grave provvedimento della asportazione (1).

Quale sarà la corte d'appello competente a ordinare il provvedimento? Quella dinanzi alla quale pende la causa, o quella territoriale? La mancanza di una disposizione consimile nel codice francese e nei precedenti codici italiani, meno l'albertino, rende

---

(1) Osserva il Borsari (*Commento*, § 4330) che la vera necessità può verificarsi soltanto « *se vi fosse pericolo che i libri stessi potessero essere sottratti o ulteriormente guasti* »; ma pare a noi si tratti di pericolo molto remoto, e quasi non escogitabile, data la responsabilità del conservatore e la fede di cui gode come pubblico ufficiale. Dato questo pericolo, non importerebbe asportare i registri; basterebbe sospendere o remuovere il conservatore; il provvedimento d'indole interna amministrativa giungerebbe più presto e sarebbe più efficace del provvedimento giudiziario. Il Codice francese non ha una disposizione conforme a quella del Codice civile, che non si legge neppure nei diversi codici e nelle leggi ipotecarie vigenti in Italia prima della unificazione legislativa, meno il Codice albertino (art. 2326) dal quale è tratta la disposizione. Il Codice albertino parlava di « *magistrato supremo* »: furono sostituite le parole « *una corte d'appello* ».

difficile la risoluzione del quesito, ed anche il cod. albertino non offre elementi per risolverlo, perchè in esso si parlava di magistrato supremo, e quindi unico, negli antichi Stati sardi, e non di corte d'appello; ciò non ostante noi propendiamo per ritenere che competente a ordinare la remozione sia soltanto la corte d'appello dinanzi alla quale pende la causa, o dinanzi la quale la causa sarebbe portata in seconda cognizione, se fosse tuttora pendente dinanzi a un tribunale di prima istanza; essa sola può conoscere della necessità di asportare i registri; essa sola può pertanto ordinare il gravissimo provvedimento.

338. Per gli atti dello stato civile è prescritto che siano tenuti in doppio originale (art. 356 Cod. civ.) e che a fine di ogni anno, entro quindici giorni dalla chiusura, uno degli originali sia depositato nell'archivio del comune e l'altro presso la cancelleria del tribunale (art. 360 Cod. civ.). Non sappiamo perchè non sia venuto in mente al legislatore di prescrivere per i registri ipotecari una eguale garanzia, che sarebbe stata consigliata dalla più volgare prudenza; forse il legislatore si arrestò di fronte alla considerazione della grave spesa; ma le tasse ipotecarie sono abbastanza elevate perchè coloro che le pagano abbiano diritto di esigere una scrupolosa cura nella conservazione di registri di tanta importanza, ai quali sono raccomandate la efficacia dei diritti reali sopra gl'immobili e la prelazione dei crediti ipotecari che sono tanta parte della pubblica e privata fortuna; forse si considerò che compiendosi ogni formalità ipotecaria mediante doppia nota, una delle quali è restituita al richiedente con la menzione della operazione eseguita, della sua data, del volume e dell'articolo, anche in caso di distruzione dei registri è possibile la prova dei diritti conservati nei medesimi e della loro anteriorità; ma anco questa ragione non ci sembra abbastanza convincente, perchè gli interessati non sempre conservano con diligente cura la nota che viene loro restituita, sapendo di avere nei registri ipotecari la prova del loro diritto, e perchè d'altronde i documenti affidati alle parti

possono subire alterazioni e falsificazioni atte a cagionare incertezze, liti e danni d'ogni genere.

Una prova di quanto affermiamo si ha nella legge 28 giugno 1885 n. 3196 serie 3ª per la ricostituzione dell'ufficio delle ipoteche di Potenza, distrutto nel 1884 da un memorabile incendio. Fu ordinata la riproduzione delle iscrizioni e delle trascrizioni ipotecarie, non che dei relativi annotamenti e di tutte le altre formalità ipotecarie, state eseguite in quell'ufficio a tutto il 28 novembre 1884, mediante presentazione delle note restituite ai richiedenti e di copia in carta libera dei titoli in base ai quali erano state eseguite le trascrizioni o fatti gli annotamenti. Ma quando le note erano smarrite, o i titoli erano scritture private depositate in originale nell'uffizio delle ipoteche distrutto dall'incendio, il legislatore si trovò di fronte a gravissime difficoltà e fu costretto a ricorrere a equipollenti non scevri di pericolo, a procedimenti eccezionali, a formalità che cagionarono alle parti spese e pericoli, a termini di decadenza aventi carattere odioso quanto altri mai.

Non è compito nostro entrare in particolari su questo argomento; ci basta di averlo accennato, onde ne sia tenuto conto nella occasione più o meno prossima in cui l'attenzione del legislatore sia per rivolgersi alla riforma, per tanti rispetti indispensabile, del regime ipotecario vigente (1).

---

(1) Per dare un'idea dei gravi temperamenti ai quali fu costretto di ricorrere il legislatore in quella grave circostanza che fu la distruzione dell'ufficio ipotecario di Potenza, basta riportare l'art. 13 della citata legge: « Le « formalità riprodotte secondo la presente legge conservano il grado, l'ordine e « l'efficacia che prima avevano, sempre che siasi fatta la dimostrazione della « data. Le formalità delle quali si sia dimostrata soltanto la preesistenza rispetto « all'epoca dell'incendio, senza essersi in alcun modo dimostrata la data, o soltanto con dimostrazione approssimativa di essa, saranno regolate nel modo seguente:

a) « Le trascrizioni di cui non resulti che la sola preesistenza, senza al-

SEZIONE II

PUBBLICITÀ DEI REGISTRI.

SOMMARIO

339. Abbiamo tante volte osservato che la pubblicità è il principio fondamentale di tutto il sistema ipotecario, che non ab-

---

« cuna dimostrazione di data, saranno nel loro rapporto di precedenza, regolate « dal fatto del possesso, e, mancando questo, dall'anteriorità del titolo;

b) « Questa stessa regola sarà seguìta circa più trascrizioni relative ai « medesimi beni, delle quali resulti dimostrata la data al medesimo giorno, mese « ed anno, o ad altro medesimo periodo di tempo;

c) « Le iscrizioni od annotamenti in cui non sia dimostrata se non la « sola preesistenza, senza alcuna determinazione di data, prenderanno grado « uguale e comune, posteriormente alle iscrizioni ed annotamenti, di cui sia di- « mostrata una qualsiasi determinazione di data;

d) « Questa stessa regola sarà seguìta per iscrizioni o annotamenti di cui « la data resulti al medesimo giorno, mese od anno, o ad altro medesimo periodo « di tempo ». Vedasi ancora il R. decreto 30 luglio 1885, n. 3253, serie 3ª, che approva il regolamento per l'esecuzione della legge. Vedasi ancora la legge 14 maggio 1882, n. 754, serie 3ª, concernente la rinnovazione delle domande per trascrizioni, iscrizioni ed annotazioni fatte il 13 decembre 1880 all' ufficio di conservazione delle ipoteche di Messina.

biamo bisogno di soffermarci ulteriormente a dimostrarlo; la pubblicità dei registri è la pratica attuazione di questo principio. L'uffizio delle ipoteche non è soltanto a disposizione del pubblico pel rilascio delle copie e per la comunicazione delle notizie occorrenti a chi vuole conoscere la situazione giuridica di uno o più immobili, è addirittura aperto al pubblico, in quanto ogni interessato ha diritto di compiere personalmente e direttamente sui registri quelle ispezioni che possono essergli necessarie.

Il conservatore non può rifiutarsi nè al rilascio di copie, nè alle ispezioni, e non ha diritto di esigere la dimostrazione di un interesse qualsiasi a richiedere le une o a compiere le altre (1).

A questo riguardo noi approviamo senza riserve la pratica osservazione di uno scrittore recente, che il pubblico deve essere ammesso liberamente negli uffici ipotecari per compiere personalmente le ispezioni sui vari registri (2). Certo questa libertà di accesso e

(1) Cass. Firenze, 23 febbraio 1885, *Foro ital.*, 1885, I, 278. Giustamente ritenne la Corte che chiunque ne faccia richiesta ha diritto di ottenere copia delle formalità ipotecarie senza essere obbligato a dimostrare l' interesse che lo muove ad esercitare questo diritto; nel caso si trattava di un procuratore, che per condurre a termine un giudizio esecutivo richiedeva un certificato d' iscrizioni e la Corte ritenne che l' interesse personale del richiedente fosse dimostrato da tale qualità del richiedente e dallo scopo della richiesta: « Trat-« tandosi poi di richiedente in qualità di procuratore o avvocato, che nel rifiuto « del conservatore trova ostacolo ad esercitare il suo ministero, nel procedimento « di cui venne dalla parte incaricato, non può disconoscersi anche un vero inte-« resse personale per la legittima aspettativa di un lucro professionale ». Questa osservazione corroborava il principio ammesso dalla Corte, ma non escludeva la generalità sua. V. ancora la sentenza tenuta ferma dalla Cassazione: Venezia, 10 luglio 1884, *Temi ven.*, 1884, 435.

(2) RABBENO, *Manuale per le ipoteche*, 52: « In alcuni uffici del regno il « modo di dar corso a cotesta pubblicità è interpretato male. Gli impiegati sono « chiusi come belve feroci con muri o sbarre, e non rimane al pubblico che uno « sportello ad uso banche, che, sebbene non si possa chiudere per le fortunose « vicende di cassa, però lo studio delle iscrizioni richiedendo per l'apertura dei « registri agio e spazio cui quelle sbarre e sportelli non si prestano sufficiente-

d'ispezione non deve essere intesa nel senso che il primo venuto possa percorrere da sè stesso le stanze di archivio, tirar giù i repertori, aprire i registri, sconvolgerli e lasciarli poi fuori di posto; lo spazio riservato al pubblico deve essere separato con apposita divisione dai locali ove i registri sono custoditi; ma deve esservi ampiezza di spazio e sufficiente comodità perchè ogni richiedente possa avere sott'occhio uno dopo l'altro quei repertori, quei registri di formalità e quei documenti depositati per copia o in originale che possono interessare la sua ricerca. Ciò diciamo con tanta maggiore convinzione in quanto per la tariffa degli emolumenti dovuti ai conservatori sono dovuti dei diritti di 50 centesimi tanto per la ispezione delle partite del repertorio riflettenti una data persona, quanto per la ricerca infruttuosa del nome di una persona nella tavola alfabetica, quanto finalmente per la ispezione isolata di una iscrizione, rinnovazione, trascrizione ed annotazione; ed è pure dovuto un diritto di centesimi 25 per ogni iscrizione o trascrizione, oltre il diritto d'ispezione del repertorio, quando si fa una serie continuata di ricerche. Queste savie disposizioni, che hanno il duplice scopo di dare un giusto provento al conservatore e d'impedire ricerche indiscrete, motivate soltanto da malsana curiosità degl' interessi altrui, dimostrano che il conservatore stesso ha diritto di porre sotto gli occhi dei richiedenti i registri domandati, valendosi del commesso gerente o dei commessi a ciò destinati, tenendo nota delle varie ispezioni che si fanno e degli emolumenti da pagarsi. Gli estranei non possono maneggiare i registri, e compiere da sè le ricerche, se non per tolleranza del conservatore.

340. La pubblicità dei registri è strettamente collegata con la circoscrizione degli uffici delle ipoteche. Invero le formalità ipo-

---

« mente, noi dichiariamo scorretto cotale sistema, e pensiamo invece che il pub-
« blico debba essere ammesso liberamente negli uffici per compiere le ispezioni
« sui varii registri ».

tecarie, per essere efficaci, devono compiersi nell'ufficio nella circoscrizione del quale sono situati i beni che esse riguardano, onde chiunque vi abbia interesse, possa averne conoscenza: per questo il codice civile prescrive, come vedremo a suo luogo, che la ipoteca si rende pubblica nell'ufficio delle ipoteche del luogo in cui si trovano i beni gravati (art. 1938, 1981 Cod. civ.) e la legge ipotecaria prevede il caso che una stessa iscrizione debba prendersi in più di un ufficio, perchè gravante beni situati in diverse circoscrizioni (art. 9).

Generalmente parlando ogni circondario amministrativo ha il suo ufficio di conservazione delle ipoteche, e per eseguire rettamente una trascrizione od una iscrizione basta conoscere a quale comune, o per conseguenza a quale circoscrizione, appartengono i beni gravati (1).

È opportuno a questo proposito uno studio accurato della influenza che può esercitare sulla circoscrizione ipotecaria un cambiamento nella circoscrizione amministrativa. Un comune, per esempio, viene separato da un circondario ed aggregato ad un altro: continuerà ad essere dipendente dall'ufficio ipotecario del circondario dal quale è stato distaccato, o passerà sotto l'ufficio di quello al quale è stato aggregato? Il passaggio non può compiersi senza apposita legge e senza grave dispendio, perchè sarebbe necessario

(1) Non sappiamo se ciò si verifichi in altre regioni italiane; certo è che in Toscana sono da lamentare a questo riguardo deplorevoli anomalie. I mutamenti avvenuti nelle circoscrizioni amministrative e giudiziarie, specialmente al tempo della occupazione francese, non sono stati susseguiti da corrispondenti mutamenti nella circoscrizione ipotecaria, intorno alla quale regna una grande confusione che può eliminarsi soltanto con appositi prontuarii. Per darne un esempio a noi noto, diciamo che i beni immobili situati nel circondario di Pisa dipendono per la massima parte dagli uffici ipotecari di Livorno e di Volterra, mentre l'ufficio ipotecario di Pisa ha giurisdizione sui beni situati in parecchi comuni dei circondari di Lucca e di Firenze.

riportare dai registri dell'uno a quelli dell'altro ufficio tutte le formalità riguardanti i beni situati in quel comune; e poichè una stessa formalità comprende spessissimo beni situati in più comuni di uno stesso circondario, sarebbe pur necessario uno sdoppiamento di formalità, che richiederebbe un improbo lavoro e non sarebbe scevro di pericoli e di danni per gl'interessati. Le difficoltà sarebbero anche maggiori quando si tratta di una frazione di comune e della sua aggregazione ad un comune appartenente a circondario diverso; qui vi sarebbe anzi assoluta impossibilità di cambiare la circoscrizione ipotecaria; perchè non sarebbe possibile determinare quali precisamente sono i beni dalla frazione distaccata, che possono comprendere numeri particolari di sezioni catastali diverse e non complete.

Riteniamo quindi che la mutazione nelle circoscrizioni amministrative e giudiziarie non possa o non debba produrre una corrispondente mutazione nelle circoscrizioni ipotecarie; soltanto con una espressa disposizione legislativa, accompagnata dai necessari temperamenti, tale avvenimento potrebbe produrre un così grave effetto.

Deriva da ciò che per conoscere la precisa situazione giuridica di un determinato immobile, non basta sapere a quale circondario amministrativo e giudiziario appartiene il comune in cui l'immobile stesso è situato; occorre sapere ancora se vi sono stati dei cambiamenti nelle circoscrizioni, potendo darsi il caso che i beni situati in un comune, o in una frazione di comune, dipendano, per ciò che attiene alla circoscrizione ipotecaria, da un ufficio diverso da quello da cui dipendono il comune e il circondario nel quale sono attualmente compresi (1).

---

(1) Di ciò si cita un esempio a noi noto, nella provincia di Pisa. Per recente decreto reale la frazione di Collemezzano fu distaccata dal comune di Riparbella appartenente al circondario di Pisa, e aggregata al comune di Cecina facente parte del circondario di Volterra. I beni di quella frazione sono

341. Il conservatore non è del resto tenuto a verificare se i beni contemplati in una trascrizione o in una iscrizione che gli viene richiesta sono compresi nella sua circoscrizione; peggio per il richiedente, se richiede la formalità in un uffizio diverso da quello in cui dovrebbe essere eseguita in ordine agli art. 1936 e 1981 Cod. civ. Anzi la corte di cassazione di Torino, decidendo la questione se un notaio, che col trascrivere un atto di alienazione e con l'inscrivere nella propria nota la spesa relativa riconosce di aver avuto dalle parti mandato tacito di eseguire tale operazione, sia responsabile per averla eseguita in ufficio ipotecario diverso da quello nella cui giurisdizione erano situati i beni, ebbe a dire, per quanto incidentalmente, che il conservatore delle ipoteche non avrebbe potuto rifiutarsi di eseguire la formalità che gli veniva richiesta, deducendo che i beni non erano compresi nella circoscrizione del suo ufficio.

Fra gli altri mezzi di difesa tentati dagli eredi del notaro, chiamati a rispondere della di lui negligenza, per non avere adempiuto l'incarico affidatogli in conformità di legge, vi era pur questo, che la responsabilità non incombeva su lui ma sul conservatore di Biella, il quale avrebbe dovuto rifiutarsi di eseguire la trascrizione dal momento che i beni non appartenevano al suo circondario ma a quello di Vercelli; ma la corte suprema torinese giu-

---

oggi, per ciò che attiene alla competenza amministrativa e giudiziaria, parte integrante di questo secondo circondario; ma per ciò che si riferisce alle formalità ipotecarie continuano a dipendere dall' ufficio di conservazione di Livorno, che ha nella sua giurisdizione il comune di Riparbella da cui la frazione fu distaccata. Chi partendo dal dato di fatto che i beni di quella frazione sono oggi compresi nel comune di Cecina credesse poterne verificare la situazione nell' ufficio ipotecario di Volterra, sarebbe esposto a spiacevoli e dannose sorprese. Del resto i mutamenti sono necessariamente noti agli uffici ipotecari e gli equivoci non sono possibili, perchè nel caso configurato il conservatore di Volterra rimanderebbe il richiedente all' ufficio ipotecario di Livorno.

stamente osservò che nella specie non ricorreva alcuno dei motivi che a' sensi dell'art. 2969 Cod. civ. potevano autorizzare il rifiuto (1).

La decisione ci sembra sotto ogni aspetto commendevole; commentando fra breve l'art. 2069 Cod. civ. avremo occasione di osservare che il rifiuto del conservatore non può essere fondato che su motivi di forma, non su motivi di sostanza; così può rifiutarsi se le note non sono scritte in carattere intelligibile, se l'alienazione da trascriversi o l'ipoteca da iscriversi non risultano da atto scritto, se essendo questa una scrittura privata, non è autenticata da notaio od accertata giudizialmente, se trattandosi di atto fatto all'estero, questo non è munito di legalizzazione. Del contenuto delle note e degli atti, il conservatore non è tenuto ad occuparsi; la responsabilità di questo contenuto è tutta del richiedente, il danno della irregolarità è tutto della parte interessata.

342. Scendiamo adesso ad esaminare le conseguenze che il legislatore trae dalla pubblicità dei registri. Esse sono enumerate tutte nell'art. 2066 Cod. civ. e consistono: 1° Nelle ispezioni sui registri; 2° Nel rilascio di certificati; 3° Nel rilascio di copie di documenti depositati nell'ufficio ipotecario.

È utile discorrere separatamente di ciascuna.

343. Riguardo alle ispezioni provvede il primo capoverso dell'art. 2066 Cod. civ. disponendo che i conservatori devono permettere l'ispezione dei loro registri nelle ore fissate dai regolamenti. Osservammo già che queste ispezioni sono permesse a chicchessia, senza bisogno di giustificare la ragione per cui si fanno e l'interesse che può avervisi, e che soltanto è dovuto un emolumento al conservatore nella misura stabilita dalla tariffa.

Sarebbe soverchiamente dispendioso ed incomodo l'esigere che chi vuole conoscere la situazione di uno o più immobili fosse sem-

---

(1) Cass. Torino, 31 dicembre 1889, *Giur. it.*, 1890, I, 210.

pre costretto a ordinare i certificati; per sapere se un fondo è libero, basta spesso verificare la inesistenza d'iscrizioni o di trascrizioni contro la persona del proprietario; ed anco quando occorre il certificato ipotecario o di trascrizione, è utile esaminare preventivamente i registri, per escludere, a risparmio di tempo e di spese, tutte le formalità che riguardano beni diversi da quelli intorno ai quali si vuol contrattare o agire in giudizio.

Ogni persona ha pertanto il diritto di presentarsi nelle ore di ufficio in qualsiasi ufficio ipotecario per domandare se vi siano trascrizioni o iscrizioni contro una determinata persona, o a favore di essa; e in caso che ve ne siano, ha diritto di esaminarle una per una e di leggerne il contenuto.

Per la prima ricerca basterà che il conservatore ed i suoi commessi, partendo dalla rubrica alfabetica dei cognomi, e dalla tavola alfabetica dei debitori e dei creditori e delle trascrizioni, attive o passive secondo i casi, risalgano ai repertorii; per la seconda occorre, con la scorta dei repertorii, risalire ai registri particolari delle formalità, a meno che il richiedente non sappia in prevenzione la data, il volume e l' articolo della formalità che vuole esaminare e non si limiti a domandare la visione di quella.

L'ispezione però deve essere puramente oculare; non è lecito ad alcuno di prendere copia delle trascrizioni, iscrizioni od annotazioni (cit. capov. 1° art. 2066 cod. civ.), onde non sia defraudato l'erario delle tasse di bollo dovute per le copie e non siano assottigliati gli emolumenti del conservatore.

Questa parte del primo capoverso all'art. 2066 Cod. civ. conferma quello che noi dicevamo più sopra intorno alla libertà delle ispezioni; queste devono essere libere, ma devono però essere compiute sotto gli occhi delle persone addette all'ufficio e con la loro cooperazione; il libero ingresso nelle stanze d'archivio, il maneggiamento dei registri per parte degli estranei, non è consentito dal legislatore.

345. In secondo luogo i conservatori delle ipoteche sono tenuti a dare, a chiunque ne faccia richiesta, copia delle trascrizioni, delle iscrizioni o delle annotazioni, o il certificato che non ve n'è alcuna (art. 2066 Cod. civ.). Non essendo sempre possibile sapere preventivamente quali e quante iscrizioni o trascrizioni esistono contro una determinata persona, e contro i suoi autori risalendo al trentennio, e più oltre ancora per ciò che concerne le iscrizioni non soggette a rinnovazione, per conoscere la situazione precisa di un immobile appartenente alla persona stessa, il mezzo più sicuro è quello di prendere copia di tutte le iscrizioni e trascrizioni esistenti contro quella persona e contro i suoi autori nel periodo di tempo suaccennato, con speciale riguardo al registro particolare delle iscrizioni dotali; avuto questo stato generale d'iscrizioni, col certificato che altre non ne esistono, la parte richiedente potrà vedere se vi siano formalità gravanti l'immobile che gli interessa e quali precisamente siano.

Ma se il mezzo è indubbiamente il più sicuro, non è certamente il più spedito, nè il più economico. Non il più spedito, perchè per avere stati generali, che possono comprendere numerosissime formalità, occorrono talvolta mesi e mesi di dannosa aspettativa; non il più economico, perchè questi stati generali sono talvolta voluminosissimi e costano somme ingenti per tasse di bollo e per diritti di copia.

Dato d'altronde il principio della specialità dell'ipoteca, per sapere se un immobile è libero, non vi è alcun bisogno di avere sott'occhio tutte le ipoteche iscritte contro l'attuale proprietario e contro i suoi autori; basta avere sott'occhio le iscrizioni che colpiscono quel determinato immobile. Lo stesso è a dirsi delle trascrizioni; le quali sono speciali per la natura loro, perchè non riguardano mai l'intero patrimonio di una persona, genericamente indicato, ma si riferiscono sempre a determinati beni e sono efficaci in ragione di questo riferimento.

È per ciò che la giurisprudenza ammette e la pratica suggerisce la richiesta e il rilascio di stati speciali, concernenti determinati beni, con esclusione delle iscrizioni e delle trascrizioni affliggenti beni diversi per quanto appartenenti allo stesso proprietario.

Lo decise in termini la corte suprema fiorentina in una dotta sentenza dei 23 febbraio 1885 a relazione Rosadi (1); ritenendo che i conservatori non abbiano semplice facoltà di rilasciare certificati speciali a determinati beni e che in caso di rifiuto il richiedente possa sporgere reclamo all'autorità giudiziaria onde ottenere da questa una pronunzia avente per oggetto di costringere il conservatore a compiere la funzione a lui imposta dalla legge.

Riportiamo, nella sua parte sostanziale, la motivazione della sentenza, che ci sembra importantissima, specialmente perchè interpreta l'art. 2066 cod. civ. con le disposizioni della legge sulle tasse ipotecarie: « Ed invero, imponendosi ai conservatori di dare « copia a chiunque ne faccia richiesta delle trascrizioni, iscrizioni, « annotazioni, senza aggiungere se di tutte o di parte di quelle « esistenti a carico di una o più persone, la legge dimostra non « dubbiamente che intende rimettere alla scelta del privato il « domandare, secondo che richiede il proprio interesse, una copia « generale, oppure parziale e relativa a determinati fondi, non « essendovi plausibile ragione perchè quello cui interessa soltanto « assicurarsi degli oneri che gravano determinati fondi, e può « soddisfarsi con copia parziale, abbia a gravarsi di domandare o « ricevere copie generali riguardo a fondi che per lui è indiffe- « rente sapere se ed a quali oneri siano affetti. E d'altronde l'ob- « bligo imposto ai conservatori di rilasciare copie o certificati a « chiunque li richieda, implica necessariamente il dovere di rila- « sciare i documenti domandati, e non altri o diversi. Non può

(1) È la stessa decisione citata di sopra a pag. 27, *Foro it.*, 1885, I, 278.

« essere facoltà dei conservatori indagare e distinguere i motivi « delle richieste di copie o certificati generali, oppure speciali.

« La pubblicità, che è dell'essenza delle ipoteche, deve ser- « vire allo scopo cui è diretta, senza aggravio degli interessi che « vogliansi tutelati.

« Se non che il pensiero del legislatore più apertamente si « rileva dalla legge sulle tasse ipotecarie 13 settembre 1874 con « l'annessa tariffa, che ne forma parte integrante, ove ai §§ 5 e 6, « sono contemplati appunto i certificati generali e quelli speciali « sopra determinati beni.

« La formula ivi adoperata meglio spiega che le parti sono « autorizzate a chiedere l'una piuttosto che l'altra specie di cer- « tificati a libera loro scelta, anzichè faccia supporre data facoltà « al conservatore di rilasciarli a suo libito. Ed essendo espresso « precetto dell'articolo 2075 cod. civ. che i conservatori nell'eser- « cizio delle loro incombenze debbano uniformarsi a tutte le di- « sposizioni delle leggi che li riguardano, tra cui certamente anche « della legge sulle tasse ipotecarie, da essa può trarsi conferma « dell'obbligo di rilasciare certificati generali o speciali secondo « la fatta richiesta ».

345. Il conservatore ha indubbiamente maggior vantaggio nel rilascio di stati generali che in quello di stati speciali; sia perchè percepisce maggiori emolumenti, sia perchè, dovendo ri- produrre tutte quante le formalità riguardanti una o più persone, non ha bisogno di prenderle in accurato esame una per una, onde determinare quali sono i beni in esse colpiti; ma il rilascio di stati speciali è indubbiamente un obbligo per il conservatore quando le parti li richiedono. Soltanto egli avrà diritto di esigere che siano nettamente specificati i beni dei quali vuolsi ottenere la documentazione, con tutte quante le indicazioni volute dal- l'art. 1879 Cod. civ.; e avrà pure diritto di comprendere nello stato tutte le iscrizioni per le quali può sussistere un ragionevole

dubbio che si riferiscano a quei beni; onde non incorrere nella grave responsabilità che può risultare a suo carico dalla omissione. Così, per esempio, se viene richiesto il certificato speciale delle iscrizioni accese contro Tizio e gravanti determinati numeri catastali di un dato comune, il conservatore comprenderà nel certificato stesso le iscrizioni che colpiscono beni situati in quel comune, designati per la loro natura e per la loro particolare denominazione, senza indicazione di numeri catastali; quelle iscrizioni, per quanto non regolari, possono essere ritenute valide in quanto la omissione dei numeri del catasto non induca incertezza assoluta sulla identità dei beni gravati (art. 1938 cod. civ.), ed il conservatore non è tenuto ad accertarsi se i beni in esse imperfettamente descritti siano o non siano rappresentati dai numeri catastali compresi nella richiesta. Spetta poi alla parte di istituire con operazioni peritiche e con ispezioni locali i debiti confronti.

Se il certificato è richiesto per una casa avente un dato numero, il conservatore non dovrà comprendervi, per quanto mancante di numero, una iscrizione gravante un terreno; ma non sarà censurabile se opera con prudenza, in vista della grave responsabilità posta a suo carico dalla legge.

346. È poi prescritto da una legge speciale che i conservatori non debbano comprendere nei certificati ipotecari:

1.° Le iscrizioni prese sotto le leggi anteriori al Cod. civ. senza determinazione di somma o senza specificazione degl'immobili, le quali non siano state regolarizzate a norma delle disposizioni transitorie per l'attuazione del codice medesimo o delle successive leggi di proroga;

2.° Le iscrizioni soggette a rinnovazione e non rinnovate nel termine di legge (1).

---

(1) Legge 8 luglio 1883, n. 1460, Serie 3.ª concernente i certificati ipotecari. In Francia la giurisprudenza e la dottrina ammettono che le iscrizioni perente, perchè non rinnovate, non debbano figurare nei certificati rilasciati

Per effetto delle disposizioni vigenti nelle varie provincie italiane prima della unificazione legislativa i registri ipotecari erano e sono tuttora ingombrati d'iscrizioni prive di valore perchè *generali*, prese cioè senza specificazione di somma o di beni, o perchè *perente*, per non essere state rinnovate in tempo debito. I conservatori, non volendo farsi giudici della inefficacia di tali iscrizioni, ritenevano di essere nel diritto di trascriverle nei certificati, sottoponendo per tal modo i richiedenti a un inutile dispendio, i procuratori ed i magistrati ad un faticoso lavoro di selezione.

Occorse un provvedimento legislativo perchè cessasse siffatto abuso; i conservatori non corrono pericolo alcuno nell'attuarlo, perchè basta leggere una iscrizione, per constatare se è generale; basta por mente alla sua data, per determinare se è perenta; e mentre non vi è pericolo alcuno per i conservatori, vi è grande vantaggio pei richiedenti, i quali trovano diminuite le spese e residuato l'esame degli stati a ciò che veramente è necessario.

Per disposizione del potere esecutivo è poi prescritto che i conservatori debbano pure omettere quelle iscrizioni la cui omissione fu domandata dal richiedente (1); esigendo che la omissione sia richiesta con la domanda prescritta per ogni rilascio di certificato (2), facendo menzione sul certificato che la iscrizione fu omessa

---

del conservatore (Cass. 4 aprile 1849, *Dalloz, Per.*, 1849, I, 106; AUBRY e RAU, *op. cit.*, III, p. 293, nota 19, § 293; LAURENT, *op. cit.*, XXXI, 586). Ben diverso è il caso delle iscrizioni irregolari e mancanti di qualche requisito. Il conservatore non può farsi giudice degli effetti di tale irregolarità e deve per ciò riportarle nei certificati che rilascia (Limoges, 15 febbraio 1842, *Dalloz, Rep. gen.* V. Privil. et hyp., n. 2912; Paris, 17 novembre 1855, *Dalloz, Per.*, 1856, 2, 272; LAURENT, *op. cit.*, XXXI, 587; MARTOU, *op. cit.*, IV, 1610, 1611; AUBRY e RAU, *op.* e *loc. cit.*

(1) Circolare del Ministero delle finanze del 18 luglio 1869, n. 978, 8-11808.

(2) Legge 8 agosto 1895, n. 486, All. C, art. 4: « Per ogni stato, certifi« cato, copia od estratto di che nel precedente art. 3 e parimente per ogni for-

su richiesta della parte, il conservatore si pone al coperto di ogni responsabilità.

347. Chi possiede già un certificato ipotecario fino a una data epoca ha diritto di averlo completato con un certificato suppletivo, che nel linguaggio tecnico degli uffici ipotecari dicesi ravvicinamento. In questo certificato suppletivo devono essere annotate non soltanto le operazioni posteriori alla data del rilascio del primo, ma anco le variazioni avvenute nelle operazioni riportate in quest' ultimo.

Il conservatore è tenuto anche a rilasciare certificati speciali di singole operazioni, per esempio della eseguita cancellazione o annotazione di una iscrizione ipotecaria, dell' annotamento della sentenza contenente ordine di vendita in margine alla trascrizione del precetto immobiliare e simili.

Tutto ciò che avviene nel suo ufficio rientra nel sistema della pubblicità; nulla può restare segreto, nè essere sottratto al sindacato ed all' esame di chiunque vi abbia interesse (1).

« malità di annotamento, il richiedente deve presentare al conservatore una do-« manda nella ordinaria carta col bollo da L. 1,20 ». La domanda non è prescritta per le iscrizioni e per le trascrizioni, tenendone luogo le note in doppio esemplare la cui presentazione è prescritta per queste operazioni. L' esigere una domanda per ogni formalità ipotecaria non ha soltanto scopo fiscale; è anche utile per porre al coperto la responsabilità del conservatore, il quale ha nella domanda il mezzo di provare in ogni evento di avere agito in conformità delle richieste dalla parte interessata. Solo è a deplorare che richiedendosi da una stessa persona più formalità da eseguirsi contemporaneamente di fronte alla stessa persona, per esempio la cancellazione di più iscrizioni, debbansi presentare tante domande separate quante sono le formalità richieste. Questa pretesa è veramente eccessiva e sa di fiscalità; gli aggiudicatarii d' immobili al pubblico incanto, che avendo soddisfatto i loro obblighi presentano l'ordinanza del giudice delegato che prescrive la cancellazione delle ipoteche, devono talvolta presentare un fascio di costose domande per liberare immobili di tenuissimo valore.

(1) La Corte d'appello di Lucca ebbe inoltre a decidere che i conservatori sono obbligati a rilasciare certificati ipotecari in cui siano compendiati in sunto,

348. In terzo ed ultimo luogo il conservatore è obbligato a dare copia dei documenti che sono depositati in originale nel suo archivio, e di quelli i cui originali sono depositati negli atti di un notaio o in un pubblico archivio fuori della giurisdizione del tribunale da cui l' ufficio dipende. (Art. 2066, 2° capov. Cod. civ.). La distinzione fra i due casi riposa sopra un principio di evidente giustizia. Se si tratta di documento depositato in originalè nell' ufficio del conservatore, per esempio di una scrittura privata in base alla quale siasi eseguita una cancellazione o una annotazione, il rilascio della copia per parte del conservatore è una necessità assoluta, perchè chi ha interesse di ottenerla non potrebbe procurarsela altrimenti; se si tratta invece di documento depositato per copia nell' ufficio ipotecario, il conservatore non è, di regola, tenuto a rilasciare copia di questa copia; per eccezione è ammesso che debba rilasciarla, quando l' originale si trova presso un notaio o in un pubblico archivio la cui residenza sia posta fuori della giurisdizione del tribunale: la eccezione non è imposta da motivi di necessità, ma da un motivo di mera utilità, onde facilitare alle parti interessate il modo di procurarsi senza perdita di tempo e senza aggravio di spesa, i documenti che loro occorrono.

---

e per semplice estratto, la data e il numero delle ipoteche o delle trascrizioni, la indicazione del titolo, il nome, cognome e paternità del creditore o creditori e quello del debitore o debitori, la somma per le quali è presa la iscrizione e la definizione sommaria dei fondi colpiti dalle ipoteche o trascritti (sentenza del 13 aprile 1877, *Foro it.*, II, I, 831).

Nón abbiamo tenuto conto di questa massima nel testo, perchè sancita in ordine a disposizioni speciali che vigevano nelle provincie venete; sarebbe utile che in certi casi il rilascio di questi certificati sommari fosse ammesso. a risparmio di tempo o di spese, anco nel regime ipotecario vigente: ma non lo è, ed i conservatori non potrebbero nè dovrebbero rilasciarli. Contro la massima sancita dalla Corte di Lucca erasi pronunziata la Cass. di Firenze 12 giugno 1876, *Foro it.*, I, I, 1150, ritenendo abolito il regolam. ipot. del 1804 che permetteva il rilascio dei certificati sommarii.

Fuori dei due casi indicati tassativamente nel secondo capoverso dell' art. 2066 Cod. civ. il conservatore non è tenuto a rilasciare copie: ma può rilasciarle? e dato che le rilasci, sono esse attendibili? In altri termini, il diritto di rilasciare le copie nei soli casi indicati nella disposizione in esame è al tempo stesso un dovere?

La questione si è presentata recentemente alla Corte di cassazione di Roma nella seguente specie di fatto. Essendo stato smarrito o sottratto l' originale di un verbale d' aggiudicazione al pubblico incanto, redatto dinanzi al pretore, in ordine agli art. 53 e 54 della legge 23 aprile 1871 sulla riscossione delle imposte, fu richiesta al conservatore copia della copia di questo verbale esistente nel suo archivio ed il conservatore la rilasciò, sebbene l' archivio della pretura, dove l' originale avrebbe dovuto trovarsi, fosse compreso nella giurisdizione del tribunale da cui dipendeva l' ufficio ipotecario. La Corte ritenne che la copia rilasciata dal conservatore non fosse attendibile e che non potesse dirsi rilasciata in conformità degli art. 1384 e seg. Cod. civ. (1).

Sebbene il giudizio della corte fosse determinato dal fatto che la copia depositata nell'ufficio ipotecario era sembrata ai giudici del merito adulterata, cosicchè non appariva conforme a giustizia prestar fede alla copia su quella rilasciata dal conservatore, pure ci sembra che il principio proclamato dalla Corte possa essere elevato a dignità di regola generale, e che la disposizione dell' art. 2066 capov. 2° Cod. civ. debba essere interpretata nel senso che i conservatori non possano rilasciare se non quelle copie che sono tenuti a rilasciare per espresso disposto di legge (2).

---

(1) Cass. Roma, 20 febbraio 1893, *Legge*, 1896, I, 616.

(2) La redazione del periodico *La Legge*, annotando la su citata decisione, così in proposito si esprime: « Per il disposto all'art. 2066 del codice civile, « è funzione dei conservatori delle ipoteche quella di rilasciare copia delle tra- « scrizioni, iscrizioni ed annotazioni da loro eseguite e conservate, e altresì dei

349. Nel caso di diversità fra i risultati dei registri e quelli delle copie o dei certificati rilasciati dal conservatore, si starà ai

---

« documenti presso di loro conservati *in originale*, o i cui originali sono deposi-« tati negli atti di un notaio, o in pubblico archivio, *fuori della giurisdizione* del « tribunale da cui essi dipendono. Limitatamente agli atti ed ai casi contemplati « da questa disposizione, ci sembra non si possa negare carattere di *autenticità* « alle copie rilasciate dal conservatore delle ipoteche, non potendosi mettere in « dubbio che questi riveste la qualità di pubblico uffiziale e che l'archivio della « conservatoria è un vero archivio pubblico a senso degli art. 1333 e seg. Cod. « civ. Al contrario ove si tratti di copie od estratti rilasciati dal conservatore « all' infuori dei casi previsti dal detto art. 2066, tali copie od estratti non pre-« sentano più carattere di autenticità, appunto perchè emessi da un uffiziale che « non è autorizzato dalla legge a rilasciarli. Questo era precisamente il caso con-« templato dalla decisione, in cui si trattava della copia di un verbale di ag-« giudicazione redatto avanti il pretore conformemente agli art. 53 e 54 della « legge 20 aprile 1871 sulla esazione delle imposte dirette. Smarrito o sottratto « l' originale, che avrebbe dovuto trovarsi nella cancelleria della pretura, sorse « la questione se potesse supplirvi la copia che del verbale stesso venne rila-« sciata dal conservatore delle ipoteche. La Corte suprema risolve la questione « negativamente, e, ci sembra, con piena ragione. Si consideri invero che l'ori-« ginale del verbale di cui si tratta, essendo diventato irreperibile, non si tro-« vava depositato presso il conservatore delle ipoteche, nè presso qualche notaio, « od in un pubblico archivio fuori della giurisdizione del tribunale da cui di-« pendeva quell'ufficio ipotecario; vale a dire, non ricorreva alcuna di quelle « ipotesi nelle quali, secondo il citato art. 2066 cod. civ., il conservatore delle « ipoteche è chiamato a rilasciare copia degli atti o documenti. È facile d'altra « parte comprendere la ragionevolezza di siffatta disposizione, che limita a casi « determinati la facoltà e l'obbligo del conservatore di dar copia dei documenti: « giacchè se egli non si trova in possesso dell'originale stesso, o se non può ri-« volgersi ad altro pubblico depositario od archivista che possa rilasciargliene « copia autentica, il conservatore non ha alcun mezzo per garantirsi e per garan-« tire al pubblico l'autenticità dei documenti presso lui depositati in copia, po-« tendo facilmente accadere che la parte interessata, nel presentare i documenti « a corredo della domanda di trascrizione o d' iscrizione ipotecaria, presenti qual-« che copia alterata e non conforme all'originale ». Per qualche analogia si può consultare una sentenza del pretore di Vergato, 2 luglio 1889 (*Giorn. dei notari*, 1890, 81) la quale ritenne che non possa far fede in giudizio la copia di un atto pubblico rilasciata dal ricevitore del registro.

risultati dei registri, ferma la responsabilità di questo funzionario per ogni danno che fosse derivato dalle inesattezze delle dette copie o dei certificati (art. 2068 cod. civ.). Questa prevalenza dei registri sulle copie e sui certificati che rilascia il conservatore, è un corollario inevitabile del principio della pubblicità; sono i registri destinati alla formalità che attribuiscono i diritti e li conservano; la formalità in tanto esiste, e produce i suoi effetti, in quanto è consegnata nei registri; il non essere riprodotta, o l'essere riprodotta imperfettamente sulle copie o sui certificati rilasciati dal conservatore, non modifica la efficacia sostanziale del diritto acquistato e conservato con la medesima. I diritti dei terzi, osserva un nostro scrittore, non possono essere in balìa del conservatore, nè dipendere dalla sua negligenza (1).

---

(1) Ricci, *Commento*, X, 316; Mattei, commento all' art. 2068 Cod. civ. Il sistema seguìto dal Codice francese è sostanzialmente diverso, in quanto attribuisce alla omissione di una iscrizione nel certificato ipotecario l' odiosissimo effetto di liberarne l' immobile in vantaggio di un nuovo possessore che ha trascritto il suo titolo d'acquisto; art. 2198 « L' immeuble à l'égard duquel le « conservateur aurait omis dans les certificats une ou plusieurs charges inscrites, « en demeure, sauf la responsabilité du conservateur, affranchi dans les mains « du nouveau possesseur, pourvu qu' il ait requis le certificat depuis la transcri- « ption de son titre; sans prejudice néammoins du droit des créanciers de se « faire colloquer suivant l'ordre qui leur appartient, tant que le prix n'a pas « été payé par l'acquéreur, ou tant que l'ordre fait entre créanciers n'a pas été « homologué ». — Questa disposizione, imperfettamente giustificata dal Pont (*op. cit.*, XI, 1447) col dire che la legge, per rendere facile e spedita la circolazione della proprietà, fa prevalere il diritto di proprietà sul diritto di credito, era riprodotta nel Cod. albertino art. 2322, nel Cod. napoletano art. 2099, nel Cod. parmense art. 2254, nel Cod. estense art. 2255, nel Regolamento pontificio art. 254 e nella legge toscana art. CXCII; soltanto quest'ultima legge non parlava di certificati richiesti dopo la trascrizione, ma bensì di certificati richiesti « *due mesi dopo la voltura dell'acquisto* ». Non occorre spender parole per dimostrare quanto sia preferibile il sistema adottato dal legislatore italiano. Sulla

Ciò che propriamente costituisce la essenza della formalità è la sua riproduzione nel relativo registro particolare, della quale rimane alla parte che l'ha richiesta una prova autentica nel duplicato della nota che le viene restituito con la menzione esatta della eseguita operazione. Anco nel caso di distruzione dei registri questi possono essere ricostituiti con la presentazione dei regolari duplicati. Come dunque può avere importanza la omissione sul certificato, mentre la formalità, figurando nel registro, ha fatto acquistare e ha legalmente conservato il diritto di cui si tratta? Tizio richiede il certificato delle ipoteche iscritte sugli immobili di Caio; il conservatore lo rilascia, omettendo fra i beni gravati un numero particellare che pure è ipotecato. Tizio, sulla fede del certificato, crede libero il fondo rappresentato da quel numero, lo acquista e ne paga il prezzo nelle mani del venditore. Sarà per questo venuto meno il diritto di seguito del creditore iscritto? Evidentemente no. L'errore del conservatore non può avere un effetto così smisurato. Tizio dovrà rilasciare l'immobile, o pagare una seconda volta il prezzo nelle mani del creditore, salva l'azione di regresso verso il negligente conservatore per la responsabilità che gl'incombe, della quale sarà tenuto parola nella sezione seguente.

350. È tanto certo il principio che il diritto connesso con la formalità ipotecaria si acquista e si conserva mediante la sua riproduzione nel registro particolare, che anco in caso di discordanza fra questo registro e il repertorio dei debitori, prescritto dall' art. 3 del Regolamento approvato con R. Decreto 25 settembre 1874, e reso obbligatorio dal generico richiamo contenuto nell' art. 2072 capov. cod. civ., la indicazione contenuta nel registro particolare merita un' assoluta e indiscutibile preferenza.

---

legge ipotecaria belgica (art. 1291), che non si era completamente sottratta alla erronea teorica accolta dal legislatore francese, consultisi LAURENT, *op. cit.*, XXXI, 600 e seg.

In questo senso la Cassazione di Torino ebbe a sancire la massima seguente: « Perchè l'ipoteca sia resa pubblica e divenga efficace « in confronto dei terzi, basta che essa si trovi regolarmente riportata ed iscritta nel registro particolare delle iscrizioni, di cui « all'art. 2072 del codice civile, dopo essere stata annotata nel « registro generale, ossia d'ordine, prescritto dall'art. 2071; non è « necessario che essa venga anche riferita ed annotata nel registro « repertorio dei creditori e debitori, imposto dal regolamento 25 « settembre 1874 » (1).

Stimiamo opportuno riprodurre, perchè importantissime, le considerazioni della Corte: « Attesochè, ravvicinando le une alle altre « le prescrizioni che negli articoli 1987, 1988, 2071 e 2072 si « vedono fatte respettivamente al creditore, il quale miri a conse- « guire quella iscrizione che è condizione imprescindibile per l'effi- « cacia dell'ipoteca, di cui è munito, ed al conservatore dell'ipoteche, « il quale, incaricato di tenere i registri a ciò destinati, è lo stru- « mento, l'organo, per mezzo del quale l'iscrizione dell'ipoteca viene « nei singoli casi effettuata in conformità della richiesta, agevolmente « si raccoglie che il creditore ha compiuto tutto quanto gli toccava « di fare, perchè alla sua ipoteca venisse impresso il carattere della « pubblicità, allorquando ha riportata da prima la dichiarazione del « conservatore che la richiesta d'inscrizione per lui presentata è stata « debitamente annotata nel registro generale, ossia d'ordine, e dap- « poi il certificato di questo stesso pubblico ufficiale, di avere, in con- « seguenza alla richiesta iscritto l'ipoteca nel registro particolare per « le iscrizioni. Dal punto invero che la legge traccia minutamente le « operazioni che si devono compiere dalle anzidette due persone, le « quali devono, ciascuna nella propria sfera d'azione, concorrere « a far sì che l'iscrizione diventi un fatto compiuto, è logico, ed a

(1) Cass. Torino, 6 agosto 1889, *Annali di giur. it.*, XXIII, I, I, 475; Torino, 28 febbraio 1888, *Giur. it.*, XL, 167; Cass. Torino, 12 agosto 1887 *Foro it.*, XII, I, I, 249; Casale, 12 febbraio 1887, *Giur. casal.*, VII, 51.

« ragione consentaneo il ritenere, che una volta accertato essersi le
« anzidette operazioni esattamente eseguite, qualunque altra opera-
« zione si abbia, in forza dei regolamenti a cui rinvia l' ultimo com-
« ma dell'art. 2072, a compiere nell' interno degli uffizi ipotecari per
« il regolare funzionamento, sotto il rapporto della tutela degl' inte-
« ressi dei terzi, a cui importi di conoscere le condizioni giuridiche
« degli immobili, non possa influire in modo alcuno sulla sorte del
« diritto d' ipoteca del richiedente, la cui conservazione già si deve
« avere per assicurata a chi ha operato nel senso inteso dalla legge.
« Che se non si può negare che coll' avere nell' art. 2072 stabilito do-
« versi dai conservatori tenere, oltre a quelli ivi indicati, gli altri
« registri che sono ordinati dai regolamenti, il legislatore ha inteso
« di rendere obbligatoria per il conservatore la regolare tenuta dei
« repertorii dei debitori e dei creditori, come delle tavole e rubriche
« alfabetiche dei medesimi, che, in armonia ai regolamenti a quel-
« l' epoca vigenti, furono espressamente imposti ai conservatori col-
« l' art. 3 del regolamento approvato col regio decreto 25 settembre
« 1874, è però ovvio il rimarcare come il fatto stesso di aver riman-
« dato al regolamento le prescrizioni relative ai repertorii, serva per
« sè stesso a dimostrare che il legislatore medesimo non intese annet-
« tervi una decisa importanza, al punto da far dipendere la efficacia
« o inefficacia della iscrizione dalla circostanza d'essere o non essere
« essa annotata sui repertorii. E veramente se tale fosse stata l' in-
« tenzione del legislatore, avrebbe esso certamente trovato nella
« sua giustizia necessario di prescrivere, che il richiedente l' iscri-
« zione non avesse a starsi pago d' essersi procacciato la prova
« dell' inserzione della propria richiesta nel registro d' ordine, ac-
« compagnata dalle particolarità enunciate nell' art. 2071, e della
« eseguitasi correlativa iscrizione dell' ipoteca sul registro parti-
« colare, ma avesse altresì il dovere e il diritto di farsi rilasciare
« dal conservatore una prova scritta, che constatasse l' avvenuto
« riporto dall' iscrizione stessa a repertorio; non avendo ciò fatto,
« il rigore della logica conduce a ritenere che esso non abbia vo-

« luto subordinare la efficacia dell' ipoteca all' eseguimento da parte
« del conservatore di un' operazione, che il creditore richiedente
« non avrebbe diritto, nè modo di controllare. Per quanto adunque
« non si possa contestare che la pubblicità ne resterebbe avvan-
« taggiata, e raggiungerebbe in modo più sicuro lo scopo di ap-
« prestare i mezzi di conoscere la condizione giuridica di deter-
« minati immobili, a chi si proponga di contrattare in ordine ad
« essi, sia col rendersene acquisitore, sia col farne il subbietto d'ipo-
« teche a proprio favore consentite dal proprietario, ove si ritenesse
« che l' iscrizione non possa aver virtù di rendere pubblica l' ipo-
« teca, semprechè essa non resulti annotata sul repertorio dei de-
« bitori e creditori, in quanto che a questo naturalmente debba far
« capo il conservatore per porsi in grado di esaurire le richieste di
« certificati che gli vengono presentati, come debbono ricorrervi i
« privati, i quali vogliono valersi del diritto d'ispezionare i registri,
« che è consacrato dall'art. 2066 del codice civile, vi ha tuttavia ra-
« gione per ritenere che il nostro legislatore ha pensato non fosse
« necessario spingere fino a quel punto le cose, onde la pubblicità
« delle ipoteche venisse ad essere un fatto, e non una semplice fin-
« zione giuridica. Esso ha dovuto pensare che alla regolare tenuta dei
« repertorii e delle tavole alfabetiche dei debitori e dei creditori, im-
« posta dai regolamenti, rimaneva sufficientemente provveduto, sia
« per mezzo di quella rigorosa continua sorveglianza a cui l'operato
« del conservatore andare doveva soggetto da parte dei suoi superiori
« immediati e mediati, mediante le ispezioni, sia, e meglio ancora,
« in grazia delle rilevanti pene pecuniarie comminate dall' art. 2075
« contro i conservatori medesimi, per qualsiasi contravvenzione alle
« disposizioni delle leggi e regolamenti che li riguardano, la cui ap-
« plicazione non esclude certamente l'esercizio delle azioni d' inden-
« nità che ai privati danneggiati possano competere, giusta i principii
« generali sanciti negli art. 1151 e segg. dello stesso cod. civ., eser-
« cizio che nella massima parte dei casi troverà utile sostrato nella

« rilevante cauzione che ad ogni conservatore è imposta. E del resto,
« che il legislatore italiano non abbia voluto, oltre i giusti limiti,
« preoccuparsi dei danni, d'altronde ben rari, che ai terzi potranno
« derivare da che qualche conservatore sia venuto meno al debito di
« riportare una od altra iscrizione sul repertorio, senza che alla omis-
« sione si fosse in tempo rimediato, resta dimostrato altresì da un'in-
« novazione da esso introdotta nel sistema ipotecario organizzato dal
« codice albertino e dalle altre legislazioni improntate al codice fran-
« cese, la quale consiste nell'avere eliminato l'art. 2322, il quale
« disponeva che lo stabile, in ordine al quale il conservatore avrà
« omesso nei suoi certificati uno o più dei pesi iscritti rimarrà, salva
« la responsabilità del conservatore, libero da questi pesi nelle mani
« del nuovo possessore, senza pregiudizio però del diritto che spetta
« al creditore di farsi collocare secondo l'ordine del credito, sinchè
« il prezzo non sarà pagato, o la graduazione fra i creditori non sarà
« omologata definitivamente; ed avere in pari tempo inserto nel nuovo
« codice il già citato art. 2068, giusta il quale, nel caso di diver-
« sità fra i resultati dei registri e quelli dei certificati rilasciati dal
« conservatore, si deve stare ai risultati dei registri, ferma la respon-
« sabilità del conservatore per ogni danno che ne fosse derivato. Se
« infatti di cotesta innovazione la conseguenza è, come niuno ha mai
« dubitato, che potrà talora verificarsi che il compratore il quale ab-
« bia fatto la purgazione, e quel terzo altresì che abbia comprato in
« giudizio di subastazione forzata, possa trovarsi esposto al pericolo
« di dover sopportare il peso d'ipoteche, anche dopo che la distribu-
« zione del prezzo sia stata esaurita, solo perchè quelle ipoteche sono
« state omesse nel certificato che al procedimento hanno servito di
« base, salvo bene inteso il loro regresso contro il conservatore, au-
« tore dell'omissione, ed anche contro quei creditori che hanno con-
« seguito ciò a cui non avrebbero avuto diritto, se d'altra parte è
« ovvio il presumere che la omissione di ipoteche nei certificati è da
« ripetersi dal non essere state registrate nel repertorio, col presidio

« del quale i certificati sogliono essere dal conservatore rilasciati, è
« mestieri conoscere che il legislatore, posto nell'alternativa di sacri-
« ficare o il diritto del creditore, il quale aveva fatto tutto quanto
« stava in lui per rendere pubblica la propria ipoteca, o l'interesse
« del pubblico credito, ha dato a quello la prevalenza su questo, e
« con ciò stesso ha dato a divedere che, ai suoi occhi, non esistono
« quelle così gravi e preponderanti ragioni di pubblico interesse, che,
« al dire del ricorrente, dovrebbero valere a far considerare l'anno-
« tazione dell'iscrizione nei registri repertorii come un elemento es-
« senziale costitutivo della pubblicità dell'ipoteca ».

Le considerazioni contenute in questa importante decisione sono, a parer nostro, esaurienti, e si connettono alla importante riforma compiuta anche a questo riguardo dal legislatore nostro, il quale, a differenza del francese e di quelli degli antichi stati italiani, nel contrasto fra il diritto reale d'ipoteca e il diritto sopravvenuto di proprietà sullo stesso immobile, ha dato sempre la preferenza al primo, riconoscendo che per assidere su solide basi il credito fondiario era necessità imprescindibile sacrificare il secondo (1).

---

(1) Fra gli scrittori italiani il solo MIRABELLI (*Delle ipoteche*, pag. 277 e seg.) tratta diffusamente la importante questione che sorge dal confronto fra l'articolo 2198 cod. francese e l'art. 2068 cod. civ. Dopo aver riferito i commenti che a quel testo di legge fa il TROPLONG, il lodato scrittore si diffonde a riferire l'ampia discussione che in proposito ebbe luogo nel Belgio nel periodo di preparazione della legge ipotecaria del 1851, dimostrando per quali ragioni fu ritenuto che l'acquirente *« al quale non si può fare alcun rimprovero »* deve ottenere la libertà del suo fondo dalle iscrizioni omesse nel certificato per colpa del conservatore; dopo avere giustamente osservato che niuna colpa è d'altro lato imputabile all'acquirente, il quale non ha potuto notificare il suo acquisto al creditore iscritto, la cui esistenza non gli resultava dal certificato rilasciatogli, il lodato scrittore osserva che il codice olandese (art. 1967) aveva prima del cod. civ. italiano risoluto la questione nel senso di dare prevalenza al diritto del creditore; ma poi, passando a parlare del sistema seguito dal legislatore italiano, dichiara di non approvarlo in tutto, parendogli « essere interesse di un ordine superiore liberare i compratori all'asta, che

Il compratore danneggiato e sacrificato dalla omissione occorsa non ha che l' azione personale di risarcimento contro il conservatore.

351. Che dire adesso del caso inverso, in cui la ipoteca risultasse dal registro generale d'ordine e dal repertorio prescritto dal regolamento 25 settembre 1874, ma non figurasse, per omis-

---

« hanno eseguito il giudizio di purga, se non dai diritti reali, almeno da quello « delle ipoteche ; a somiglianza di quello che avviene nella espropriazione per « pubblica utilità » ; e aggiunge : « anzi noi andiamo più innanzi ; che il sistema « della espropriazione per pubblica utilità sia reso comune agli acquirenti all'a- « sta, dichiarando purgato il fondo da tutti i diritti reali surrogandoli sul prezzo. « La pubblicità dei bandi e delle aste non rende ingiusta questa disposizione « voluta da ragioni d' interesse generale ». L'illustre scrittore vorrà perdonarci se esprimiamo opposto avviso ; primieramente perchè la situazione dell' acquirente che inizia e conduce al termine il giudizio di purgazione per liberare l' immobile acquistato dalle ipoteche che lo gravano, non è da parificare a quella di chi, sia pubblica amministrazione sia privato, espropria l' immobile per utilità pubblica; qui si ha un interesse pubblico in lotta col privato, ed è risaputo che in caso di conflitto fra due interessi, per tal modo diversi, l'interesse pubblico deve prevalere ; là si hanno invece due interessi privati, il conflitto dei quali va risoluto con criterii affatto diversi ; secondariamente perchè il diritto d' ipoteca è un diritto reale come gli altri e non vi è ragione di trattarlo diversamente dagli altri, quando è stato dal creditore acquistato e conservato nei modi di legge ; in terzo ed ultimo luogo per la ragione che il creditore ipotecario non può essere sacrificato al compratore per la pubblicità dei bandi e delle aste, quando, essendo stata omessa la sua iscrizione sul certificato, il bando non gli è stato notificato. Se vi è un interesse d'ordine veramente superiore, questo è soltanto l' interesse del credito fondiario, che deve sempre prevalere, in omaggio al principio che l'ipoteca ha effetto quando è resa pubblica nei modi stabiliti dalla legge. Occorre appena rilevare il grave errore in cui, commentando l'art. 2068 cod. civ. è caduto il MATTEI (VI, p. 631) là dove dice che se *« il conservatore avesse omesso d' indicare nel suo certificato i pesi « iscritti che gravano uno stabile, questo passerebbe libero di tali pesi nel novello « possessore »*. Lo ha del resto rilevato il BORSARI (*Commento*, § 4325 in nota), dando all' art. 2068 cod. civ. la giusta interpretazione. Il POCHINTESTA (*op. cit.*, II, 537) si limita a riprodurre l'articolo senza commento alcuno.

sione del conservatore, nel registro particolare delle iscrizioni? Noi riteniamo che il diritto reale del creditore non potrebbe dirsi acquistato legalmente, nè legalmente conservato, perchè mancherebbe la formalità sostanziale che ne costituisce la essenza.

Non varrebbe obiettare che il creditore ha fatto quanto stava in lui per acquistarlo e per conservarlo. Dato pure che avendo presentato le due note, e pagato la tassa ipotecaria, avesse ottenuto l'annotazione preliminare sul registro generale prescritta dall'art. 2071 cod. civ.; dato pure che una delle due note gli fosse stata restituita con in calce l'attestazione della eseguita formalità; se poi risultasse, in punto di fatto, che il conservatore non la eseguì, e che la iscrizione, vuoi per dimenticanza imperdonabile, vuoi per altro motivo qualsiasi, non venne riprodotta sul registro particolare, le indicazioni contenute sul registro generale d'ordine e sullo stesso repertorio, non potrebbero essere invocate come equipollenti.

L'ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica (art. 1964 cod. civ.) e la pubblicazione consiste unicamente nella iscrizione sul registro a ciò destinato; mancando questa, non può attribuirsi all'ipoteca effetto alcuno e al creditore, per tal motivo perdente, non rimane altro rimedio che l'azione di responsabilità contro il conservatore.

Del resto, il caso configurato in questo paragrafo è ben difficile a verificarsi. Il conservatore non può fare a meno, tanta è la sua responsabilità, di riportare sul registro particolare, secondo l'ordine di presentazione, le formalità annotate sul registro generale, nè può restituire una delle due note, con la menzione della formalità eseguita, se la esecuzione non ha avuto luogo; non può finalmente menzionare nel repertorio una ipoteca che non è iscritta nel registro particolare, specialmente per la ragione che non potrebbe annotare il numero del volume e dell'articolo attribuitole in questo registro.

Ciò diminuisce la importanza pratica della questione, ma non vale ad eliminarla del tutto, perchè se è difficile, per non dire impossibile, il caso della completa omissione di una iscrizione sul registro di formalità, è possibile la sua riproduzione imperfetta e manchevole: se fossero stati omessi alcuni dei requisiti essenziali della iscrizione, se per esempio mancassero sul registro particolare il nome del debitore o del creditore, o la somma del credito, o la designazione dei beni gravati, l'iscrizione non avrebbe effetto, nè sarebbe dato ricorrere agli equipollenti, perchè l'ipoteca ha effetto unicamente in virtù della iscrizione.

352. Perchè poi la pubblicità della ipoteca, dalla quale dipendono l'acquisto e la conservazione del diritto, operi i suoi effetti prontamente e senza ingiuste preferenze, perchè possano essere compiuti senza pericolosi ritardi, ragione talvolta di danni irreparabili, gli annotamenti e le cancellazioni, il legislatore dispone che i conservatori non possano, neppure sotto il pretesto d'irregolarità delle note ricusare o tardare di ricevere la consegna dei titoli presentati e di fare le trascrizioni, iscrizioni od annotazioni richieste, nè di spedire le copie o i certificati, sotto pena del risarcimento dei danni alle parti, le quali, a tale effetto, possono fare stendere immediatamente gli opportuni verbali da un notaio o da un usciere assistiti da due testimoni (articolo 2069 codice civile).

Soltanto se le note o i titoli fossero scritti in carattere non intelligibile, potrebbero opporre un rifiuto; e devono poi rifiutare di riceverli, quando non hanno i requisiti voluti dagli art. 1935, 1978, 1989, 1990 (art. 2069 capov. cod. civ.).

Incominciando da quest'ultima disposizione il commento dell'articolo, occorre tenere ben separati i due casi in essa contemplati: in caso di note o di documenti malamente scritti, il rifiuto è in facoltà del conservatore, il quale è per ciò fatto giudice della leggibilità del documento, e può passar oltre sobbarcan-

dosi alla ingrata fatica di decifrarlo, quando ciò sia appena possibile (1); ma nel caso di scritture private non autenticate da notaio, e non accertate giudizialmente, come nel caso di atti esteri non legalizzati, il rifiuto è per il conservatore obbligatorio; egli non può dispensare le parti dall' osservanza di formalità così sostanziali, perchè l'autenticità dei documenti e la naturalizzazione degli atti stranieri, sono, come dice un nostro scrittore, legge assoluta (2).

Dalla singolarità delle eccezioni ammesse e volute dalla legge al principio che il conservatore non può rifiutarsi di eseguire le operazioni che gli vengono richieste, purchè la richiesta sia accompagnata dalla presentazione dei documenti necessari e dal pagamento delle relative tasse, si argomenta che il conservatore è giudice della forma esterna degli atti, che vengono esibiti dai richiedenti, non del loro contenuto (3). Per quanto gli atti stessi siano mancanti di alcuno dei requisiti essenziali per la loro validità, per quanto sia evidente la irregolarità e la conseguente nullità delle operazioni che in base a quegli atti devono eseguirsi, il conservatore non può rifiutarsi di dar corso alle operazioni stesse; egli potrà, senza essere a ciò obbligato, diffidare il richiedente, avvertirlo del vizio che i documenti presentano; se, ciò non ostante, il richiedente insiste perchè sia eseguita la operazione, il conservatore deve eseguirla; rifiutando, egli può incorrere in una responsabilità; eseguendola, la sua responsabilità è pienamente coperta, quantunque la operazione venga poi dichiarata irregolare,

---

(1) Il Ricci (*Commento al cod. civ.*, X, 317) osserva che di questo giudizio il conservatore può essere chiamato a rispondere dinanzi all' autorità giudiziaria, potendosi il giudizio stesso equiparare al rifiuto di cui nell' articolo. Consentiamo in questa opinione che risponde allo spirito della legge sebbene sembri contradetta dalla sua lettera.

(2) Borsari, *Commento*, § 4326.

(3) Napoli, 11 decembre 1871, *Annali di giur. it.*, VI, 2, 149.

e come tale annullata, purchè egli l'abbia eseguita in conformità delle note e dei documenti che gli sono stati presentati.

Quanto al rilascio di certificati o di copie, il conservatore non può avere, per rifiutarlo, pretesto alcuno, sempre che la domanda sia formulata chiaramente e contenga una precisa enunciazione del suo oggetto. Qui non può sorgere questione per il rifiuto, che non è neppur concepibile, ma può sorgere unicamente per il ritardo; ma mentre anche il ritardo, pel contesto letterale dell'articolo (1), può dar luogo a risarcimento di danni e può essere constatato dalle parti interessate con processo verbale, è da osservare che difficilmente il conservatore potrà essere, in questa parte, redarguibile di colpa, avendo egli nella molteplicità delle richieste, nel numero necessariamente limitato dei commessi e degli scrivani, nella necessità di dare sfogo alle varie domande nell'ordine stesso in cui sono state presentate, tante ragioni plausibili, o apparentemente tali, da opporre a chi si lagna di un ritardo notevole e reclama il risarcimento del danno che afferma di aver risentito (2); a ciò è da aggiungere che mentre il ritardo, anche di un'ora sola, a trascrivere un atto, a iscrivere, an-

(1) L' articolo dice: I conservatori non possono in verun caso ricusare o *tardare* di ricevere,... di fare.... *nè di spedire le copie e i certificati.* Si vede da ciò, che anco il semplice ritardo nell' adempimento di questa ultima funzione può esporre il conservatore all' azione di risarcimento.

(2) Borsari, *op.* e *loc. cit.* « Quanto al ritardo (nel rilascio delle copie e « dei certificati) è pur forza assegnare il tempo necessario, avuto riguardo alla « folla degli affari, per cui ci laguiamo spesso della lunga aspettazione dei cer- « tificati senza poterne però far carico al conservatore ». È certo però che, eccezione fatta per pochi ufficii meno affollati di richieste, o meglio diretti, i ritardi sono spesso deplorevoli e cagionano gravi danni agl' interessati, ora specialmente che le recenti leggi, assottigliando i proventi dei conservatori, hanno assottigliato il loro zelo pel pubblico servizio. In questa materia, del resto, c' è poco da verbalizzare, perchè il conservatore ha sempre pronta la scusa e non è possibile un sindacato efficace. Nei casi più gravi sarà utile, più del processo verbale, il reclamo in via gerarchica.

notare o cancellare una ipoteca, può essere fonte di danni irreparabili, lo stesso non è a dirsi quanto al rilascio dei certificati e delle copie. Chi ha bisogno di ottenere questi documenti per riscuotere un prezzo, per stipulare un mutuo, o per altro motivo consimile, ha nel ritardo del conservatore un ragionevole motivo per ottenere alla sua volta le necessarie dilazioni; e d'altronde nei casi di estrema urgenza, può supplirsi con le ispezioni di cui all'art. 2066 capov. 1° cod. civ.

353. Il rifiuto o il ritardo del conservatore, sempre che sia constatato mediante processo verbale (1), dà luogo all'applicazione della multa di cui all' art. 2075 Cod. civ., non che all' azione di risarcimento della parte danneggiata come sarà meglio chiarito nella sezione seguente. Vi sono poi delle speciali disposizioni di legge strettamente connesse con l'art. 2069 cod. civ. che devono qui essere ricordate per esaurire il commento dell'articolo.

In primo luogo è da ricordare l' art. 2039 Cod. civ. che riguarda il caso del rifiuto di cancellazione di una ipoteca: « Ricu-
« sando il conservatore di procedere alla cancellazione di una
« iscrizione, la parte richiedente può richiamarsene al tribunale
« civile, il quale provvederà in camera di consiglio, sentito il
« pubblico ministero e sentito pure d'uffizio il conservatore nelle
« sue osservazioni scritte. Contro il provvedimento del tribunale
« è ammesso il richiamo in appello ed in cassazione, in confor-
« mità delle leggi generali, osservate le anzidette forme di pro-
« cedimento. Il tribunale può ordinare che siano chiamate le per-
« sone che si presumono interessate; in questo caso, o quando
« la domanda è proposta direttamente in contradittorio degl'inte-
« ressati, si osservano le norme del procedimento sommario, sentito
« il ministero pubblico ».

---

(1) LAURENT (*op. cit.*, XXX, 579) insegna il contrario; ma l' insegnamento non ci sembra attendibile.

In secondo luogo sono pure da ricordare le disposizioni del codice di procedura civile riguardanti il modo di ottenere la copia degli atti pubblici; fra i depositarii pubblici autorizzati a spedire copia degli atti che ritengono (art. 913 cod. proc. civ.), è da annoverarsi indubbiamente il conservatore delle ipoteche in virtù dell'art. 2066 cod. civ. In conseguenza, in caso di rifiuto di dare la copia richiesta, è ammesso il procedimento speciale regolato negli art. 914, 915 cod. proc. civ., procedimento conforme in tutto a quello stabilito nell'art. 2039 Cod. civ., con la sola differenza che chiamato a provvedere, almeno nei primordii della contestazione, è il solo presidente del tribunale, non l'intero collegio (1).

(1) Art. 914: « Nel caso di rifiuto o di ritardo a spedire la copia richiesta, il richiedente può ricorrere al presidente del tribunale civile nella cui « giurisdizione il depositario esercita le sue funzioni. Il presidente ordina al « medesimo, con decreto, di comparire avanti di lui a giorno e ora fissi. Copia « del ricorso e del decreto è notificata al depositario nei modi stabiliti per la « notificazione dell' atto di citazione ». Art. 915: « Il presidente, comparso o « no il depositario, provvede, sentito il ministero pubblico. Quando ingiunga la « spedizione della copia, stabilisce con altro decreto il termine per spedirla, « sotto pena, se occorra, dell' arresto personale da pronunziarsi dal tribunale, « oltre il risarcimento dei danni e il rimborso delle spese ». Sulla questione se « l' intervento del ministero pubblico sia tuttora richiesto dopo che con legge « 28 novembre 1875 n. 2781 serie 2ª questo intervento fu nei giudizii civili limitato alle cause matrimoniali ed ai casi in cui esso può procedere per via di azione, questione che si presenta tanto in ordine all'art. 915 cod. proc. civ. quanto in relazione all' art. 2039 cod. civ., consultinsi: MATTIROLO, *Diritto giudiziario*, III, 322 in nota, il quale, contradicendo il RICCI (*Proc. civ.*, III 537) esprime l' avviso che il parere del pubblico ministero non sia altrimenti richiesto. Su ciò può sorgere dubbio; dato infatti che il giudizio di cui all'art. 915 cod. proc. civ. sia, come lo stesso MATTIROLO afferma, un *giudizio disciplinare*, potrà dirsi che rientri nella espressione *giudizii civili* di cui all' art. 1 di detta legge? Altra questione di non minore importanza è quella consistente nel determinare se possa essere ordinato l'arresto personale a forma dell' articolo 915 citato, dal momento che con legge 6 dicembre 1877 n. 4167 serie 2ª fu abolito l'arresto personale per debiti. Il MATTIROLO (*op. cit.*, III, 325), recisamente afferma che anche l' obbligo di rilasciare la copia di un documento

In terzo luogo finalmente è da ricordare l'art. 32 della legge 13 settembre 1874 in virtù del quale le parti possono valersi dello speciale procedimento ammesso dal codice di procedura civile per il negato rilascio delle copie, anco nel caso in cui il conservatore rifiuti di eseguire una formalità diversa dalla cancellazione, o frapponga un ingiusto ritardo nell'eseguirla. In tal caso la parte danneggiata ha la scelta fra due diverse vie: constatato il rifiuto o il ritardo mediante processo verbale, essa può agire in via ordinaria, convenendo il conservatore delle ipoteche per le occorrenti pronunzie dinanzi all'autorità giudiziaria competente, o può valersi invece dello speciale procedimento ammesso dai citati articoli 914 e 915 cod. proc. civ. (1).

---

pubblico è un *debito*, e che il suo adempimento non può altrimenti essere procurato con misura coattiva così odiosa. Di questa opinione è pure il CUZZERI (*commento* all'art. 915 n. 3), ma vi sono ragioni di dubitare, come può rilevarsi in GARGIULO, *Commento*, IV, sull'art. 915 in fine.

(1) Legge cit. Art. 32: « Il conservatore, ove la parte lo esiga, è obbli« gato di rilasciare dichiarazione del giorno in cui essa ha prodotto la do« manda verbale o scritta di certificati o di copie, o ha presentato i titoli, « atti e note che il conservatore ricusa o ritarda di ricevere. Questa dichiara« zione sarà rilasciata in carta libera. La parte, *salva sempre l'azione derivante « dall'art.* 2069 *del codice civile*, PUÒ nel caso di rifiuto o di ritardo del con« servatore nel ricevere i titoli presentati all'ufficio e nell'esecuzione d'iscri« zioni, trascrizioni ed annotazioni, o nello spedire i certificati, USARE del pro« cedimento stabilito negli art. 914 e seg. del codice di proc. civile per rifiuto « o ritardo dei pubblici depositarii a spedire le copie degli atti pubblici. Il « pubblico ministero comunicherà ai ministri di grazia e giustizia e delle fi« nanze la decisione che sarà sul proposito emanata ». Che la procedura speciale sia facoltativa, non obbligatoria, si argomenta dalle parole « *può usare* » contenute nell'articolo e dalle altre « *salva sempre l'azione* ». RICCI, *Commento al cod. civ.*, X, 317. Il MIRABELLI (*op. cit.*, pag. 277) ricorda a proposito dell'art. 32 della legge ipotecaria una ordinanza emessa nel 1894 dal presidente del tribunale di Napoli sulle istanze del Credito fondiario del Banco di Napoli all'oggetto di obbligare il conservatore delle ipoteche a fare esatta e completa menzione, sulle note di trascrizione del precetto, dei precetti anteriormente trascritti. Molti conservatori credono di ottemperare al voto della legge scri-

SEZIONE III

RESPONSABILITÀ DEI CONSERVATORI.

SOMMARIO

354. Cauzioni da prestarsi dai conservatori delle ipoteche — 355. Se svincolata la cauzione sopravviva la responsabilità personale — 356. Cenno della questione intorno alla responsabilità sussidiaria dello Stato pel danno arrecato dai conservatori ai privati nell' esercizio delle loro funzioni — 357. Casi di responsabilità enumerati dalla legge — 358. Criterii rigorosi con cui vuolsi giudicare la responsabilità — 359. Estremi della responsabilità. Colpa imputabile al conservatore. Danno cagionato dalla colpa stessa — 360. Casi particolari risoluti dalla giurisprudenza — 361. L' obbligazione del conservatore è principale non sussidiaria — 362. L' azione di responsabilità è indipendente dalla multa di cui all' art. 2075 cod. civ. — 363. Il conservatore può compiere operazioni e rilasciare certificati quantunque interessato.

354. Il conservatore delle ipoteche non è per la legislazione nostra, ispirata in questa parte al sistema francese, un magistrato provveduto di giurisdizione per risolvere, sia pure in via preliminare, le controversie che possono sorgere intorno alle formalità delle quali è richiesto, e per giudicare del contenuto delle note, delle domande e dei titoli e della loro legalità; è un ufficiale pubblico al quale la legge attribuisce delicate funzioni d'interesse generale, rendendolo responsabile del loro regolare adempimento sia di fronte allo Stato sia di fronte ai privati.

Di fronte allo Stato, la sua responsabilità ha carattere contrattuale, come quella di tutti i pubblici funzionari contabili del pubblico danaro; di fronte ai privati, la obbligazione sorge indipendentemente dal contratto ed è fondata sul principio dell'art. 1151

---

vendo semplicemente primo, secondo, terzo precetto. Che il procedimento speciale sia facoltativo, non obbligatorio, ebbe a deciderlo la Corte d'appello di Venezia, 6 luglio 1873, *Legge*, XIV, § 1045.

cod. civ., pel quale qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno.

Per questo la legge 13 settembre 1874 sulle tasse ipotecarie prescrive che il conservatore delle ipoteche è tenuto a dare due cauzioni separate, una nell'interesse del pubblico, l'altra in quello dell' erario nazionale (articolo 28); per questo il conservatore dipende ad un tempo dal ministero di grazia e giustizia e da quello delle finanze; dal primo, per quanto concerne l'esercizio delle funzioni e l'adempimento degli obblighi che gli sono attribuiti dal cod. civ.; dal secondo, per ciò che riguarda la percezione delle tasse ipotecarie e più generalmente la gestione finanziaria a lui affidata (art. 21).

La cauzione prestata nell'interesse del pubblico nella misura stabilita dalla legge in ragione della popolazione del circondario ipotecario, con un massimo di L. 40.000 ed un minimo di L. 10.000 (art. 28), deve essere approvata dalla corte d' appello nella cui giurisdizione esiste l'ufficio ipotecario, sentito il ministero pubblico (art. 29) e continua per tutto il tempo in cui il conservatore dura in carica e per il corso di altri anni dieci (art. 29 capov. 1°); essa non può essere svincolata se non per decisione della corte d'appello e lo svincolo non può essere accordato qualora nel detto periodo sia stata promossa azione giudiziaria contro il conservatore, o contro i suoi eredi, relativa alla responsabilità incorsa nell'esercizio delle sue funzioni (art. 29 capov. 2°).

Per questo è prescritto che chi promuove un giudizio di responsabilità contro il conservatore, o contro i suoi eredi, deve notificare il fatto alla cancelleria della corte d'appello (art. 29 cap. 3°), ed è stabilita in via eccezionale la competenza del tribunale del luogo in cui si trova l'ufficio, quantunque il conservatore dimesso o i suoi eredi non vi abbiano domicilio (art. 31) (1).

---

(1) Catania, 17 agosto 1872, *Temi Zancl.*, III, 93

Essendo ammesso lo svincolo della cauzione appena decorso il termine di dieci anni dal giorno in cui il conservatore ha cessato per qualsivoglia causa dall'esercizio delle sue funzioni, è indispensabile che tale cessazione sia portata a conoscenza del pubblico; a ciò provvede l'art. 33 della legge, disponendo che la cessazione delle funzioni del conservatore deve essere annunziata, entro tre mesi dal suo verificarsi, nella gazzetta ufficiale e nel foglio annunzi della provincia, a cura del ministero pubblico presso la corte d'appello, e che l'avviso sia ripetuto sei mesi prima che scada il periodo di durata della cauzione (1).

355. Le su riferite disposizioni di legge fanno sorgere un dubbio non risoluto, per quanto a noi consta, dalla giurisprudenza e dalla dottrina. L'azione di responsabilità spettante al privato contro il conservatore si estingue decorsi che siano i dieci anni pei quali dura la cauzione, o continua a sussistere finchè non sia pregiudicata dal decorso del tempo nel quale si prescrivono tutte le azioni tanto reali quanto personali?

Il dubbio è presto eliminato per poco che si rifletta che la legge ipotecaria non può avere derogato al codice civile per ciò che concerne la prescrizione dell'azione di responsabilità contro il conservatore; nel codice, che proclama questa responsabilità, non

---

(1) Sulla questione se tramutato il conservatore delle ipoteche da uno ad altro ufficio, debba prestare una cauzione nuova, o continui a garantire la sua gestione di fronte al pubblico quella da lui prestata in precedenza, salvi gli aumenti che fossero richiesti in ragione della maggiore popolazione del nuovo circondario dove è chiamato a prestare l'opera sua, cons. Cass. Firenze, 8 aprile 1872, *Giur. it.*, XXIV, I, 230, che opinò per la continuità della cauzione e Cass. Napoli, 16 marzo 1875, *Annali di giur. it.*, IX, I, I, 232, che decise in senso contrario non potere il conservatore giovarsi della cauzione precedente, finchè non sia decorso un decennio, comunque giustifichi che durante la passata gestione niun reclamo sia stato avanzato. L'opinione della Cass. di Firenze è a parer nostro la sola conforme alla legge. V. ancora in questo senso Cass. Roma, 19 novembre 1879, *Foro it.*, IV, I, 994.

è stabilita una prescrizione speciale: deve pertanto applicarsi la regola generale dell'art. 2135 cod. civ.

La legge ipotecaria non ha detto che si prescrive in dieci anni l'azione di responsabilità; ha detto che la cauzione è svincolata dopo dieci anni, se non vi sono opposizioni notificate alla corte d'appello, rese attendibili dalla pendenza di un giudizio. Svincolata la cauzione, l'azione di responsabilità continua a sussistere; soltanto vien meno l'oggetto sul quale può essere reclamato con privilegio il pagamento del credito che può derivare dall'esercizio dell'azione stessa.

356. Un altro dubbio si presenta a questo punto: ci limitiamo a farne cenno, perchè per risolverlo converrebbe affrontare un arduo problema di diritto pubblico che esce dal campo del nostro studio.

Proclamando la responsabilità personale del conservatore, convalidata dalla cauzione prestata nell'interesse del pubblico, lo Stato ha inteso di esonerarsi da ogni responsabilità, anche sussidiaria, per i danni che possono essere arrecati da questo funzionario ai cittadini nell'esercizio delle incombenze affidategli? In altri termini, il privato danneggiato dall'errore o dalla negligenza del conservatore, che non trova nella cauzione prestata dal medesimo, o nell'esercizio dell'azione personale contro di lui, o contro dei suoi eredi, un margine sufficiente per ottenere un completo risarcimento, può rivolgere la sua domanda contro lo Stato?

La importanza della questione è palese per poco che si consideri come le cauzioni dei conservatori sono sproporzionate alla entità dei danni che possono arrecare omettendo d'iscrivere una ipoteca di centinaia di mila lire, o cancellandola indebitamente, o trascurando e male adempiendo in altra forma gli obblighi del loro ufficio. L'azione di risarcimento, spesso inefficace quando vi è tuttora la cauzione, si rende poi affatto illusoria quando si deve sperimentare sul patrimonio del conservatore e dei suoi eredi. È

per ciò di vitale interesse il decidere **se il** danneggiato può estendere ***contro lo Stato*** **l'azione** di responsabilità.

Per risolvere siffatta questione converrebbe risalire allo studio dei principii generali che governano la responsabilità dello Stato per le colpe commesse dai pubblici funzionari nell'esercizio delle incombenze alle quali sono destinati. Il caso non presenta particolarità alcuna che valga a distinguerlo dagli altri decisi ripetutamente dalla giurisprudenza e studiati dagli scrittori e va risoluto secondo i principii generali del diritto pubblico interno (1).

357. Una enumerazione di casi nei quali i conservatori delle ipoteche sono responsabili di fronte ai cittadini che sono costretti a ricorrere al loro ufficio per l'adempimento di formalità o pel rilascio di copie e di certificati è contenuta nell'art. 2067 cod. civ. : « I conservatori sono responsabili per i danni risultanti: 1° Dal- « l'omissione sui loro registri delle trascrizioni, delle iscrizioni e « delle relative annotazioni, come pure dagli errori incorsi in tali « operazioni; 2° Dall'omissione nei loro certificati di una o più tra- « scrizioni, iscrizioni od annotazioni, come pure dagli errori incorsi « nei medesimi, salvo che l'omissione o l'errore provenga da indi- « cazioni insufficienti che non possano venir loro imputate; 3° Dalle « cancellazioni indebitamente operate ».

Questa enumerazione è essa tassativa, o semplicemente dimostrativa? Il legislatore ha inteso con essa di limitare i casi nei quali il conservatore incorre in una responsabilità, o accennare i principali soltanto di questi casi? Noi pensiamo con un sapiente scrittore che la enumerazione sia dimostrativa, non tassativa: che per conseguenza possano esservi altri casi, oltre quelli espressamente contemplati dall'articolo, nei quali possa essere proclamata la responsabilità del conservatore (2). L'art. 2067 cod. civ. non è

---

(1) Cons. su ciò Giorgi, *Obbligazioni*, V, 338 e seg. con i molti autori ivi citati. V. ancora Trani, 8 marzo 1880, *Gazz. not.*, XXX, 476.

(2) Laurent, *op. cit.*, XXXI, 593.

che l'applicazione del principio generale dell'art. 1151 dello stesso codice: i conservatori sono responsabili dei danni cagionati con la loro colpa; quindi non solo nelle varie ipotesi contemplate nell' articolo 2067, ma in ogni altra diversa, in cui, esercitando le loro delicate funzioni, abbiano commesso una colpa e questa abbia cagionato un danno, colui che l' ha risentito può proporre l' azione di responsabilità. Ciò si argomenta anche dai successivi articoli 2068, 2069 cod. civ. Infatti, mentre l' art. 2068 parlando di diversità fra i resultati dei registri e quelli delle copie e dei certificati, si riferisce al caso contemplato nell' art. 2067 n. 2, l'art. 2069 parlando del risarcimento dei danni arrecati alle parti col rifiuto o col ritardo nel ricevere la consegna dei titoli presentati e nel fare le trascrizioni, iscrizioni ed annotazioni richieste, contempla un caso di responsabilità completamente diverso da quelli enumerati nell'articolo che stiamo esaminando. Si argomenta pure dalle norme stabilite per l'orario di uffizio (art. 2070 cod. civ.) e per la regolare tenuta dei registri (art. 2073 cod. civ.), perchè ogni constatata infrazione delle norme stesse può dar fondato motivo ad un' azione di responsabilità, quando sia stata cagione di danno alle persone interessate (1).

Il principio da noi accolto è stato propugnato da un commentatore del codice vigente, il quale adduce come esempio di un errore non contemplato nell' art. 2067, che pure indurrebbe responsabilità del conservatore, la illegale iscrizione di una ipoteca. Il conservatore, suppongasi, opera l'iscrizione in base ad un atto privato non autenticato da notaio, nè accertato giudizialmente: esso aveva obbligo, in questo caso, di rifiutarsi ad eseguire la richiesta iscrizione; eseguendola, ha violato la legge, ed è per ciò in colpa; or bene, se la iscrizione ha prodotto un danno al

---

(1) Sulla responsabilità del conservatore per una rinnovazione eseguita indebitamente cons.: Napoli, 16 luglio 1875, *Massime*, XIV, 417.

proprietario del fondo, coll'avergli creato un ostacolo a un buon affare, che avrebbe altrimenti concluso, il conservatore che ha commesso l'illegalità, causa del danno, deve esserne responsabile (1).

Mentre ammettiamo il principio generale, non possiamo accogliere il surriferito esempio senza distinguere. Se l'atto privato non autenticato, o non accertato giudizialmente, portava realmente la sottoscrizione del proprietario dell'immobile ipotecato, che aveva capacità giuridica per obbligarlo validamente, il conservatore che avesse iscritto la ipoteca avrebbe compiuto un atto irregolare, ma non sarebbe incorso in alcuna responsabilità, perchè il debitore non potrebbe insorgere contro il fatto proprio, nè impugnare il consenso da lui prestato alla costituzione della ipoteca; se al contrario l'atto non portava la sottoscrizione del proprietario, la correntezza del conservatore nell'iscrivere la ipoteca potrebbe dar luogo effettivamente ad un'azione di risarcimento, perchè se fosse stato osservato il disposto dell'art. 2069 cod. civ. la ipoteca non sarebbe stata iscritta. Non varrebbe obiettare che l'ipoteca è nulla e di niun effetto; la sua presenza materiale sui registri può essere causa di danno, e di danno risarcibile, perchè il conservatore non avrebbe dovuto compiere la iscrizione in ordine a un atto mancante di uno dei requisiti esterni intorno alla esistenza e alla validità dei quali è riservato dalla legge il suo giudizio.

358. Uno dei più antichi e dei più pregiati fra i commentatori del codice civile francese, il Grenier, stabilì in questa materia il principio, ammesso poi senza contrasto da altri, che essendo molto gravi gli obblighi imposti ai conservatori delle ipoteche, e potendo esserne gravissimi gli effetti, l'applicazione delle norme che li riguardano deve essere moderata con giusti temperamenti, anche perchè la responsabilità è una pena, la quale,

(1) Ricci, *Commento*, X, 313.

per la sua stessa natura, deve essere piuttosto mitigata che inasprita sulla sua applicazione (1).

Si è giustamente ribellato un insigne civilista moderno, il Laurent, il quale dopo avere affermato con Martou, che i tribunali non hanno tenuto conto alcuno di questo principio (2), ne dimostra la erroneità.

È utile riportare le stesse parole del Laurent: « Il nous pa« rait évident que Grenier est dans l'erreur. En droit, cela n'est « pas douteux. La responsabilité résultant des quasi-delits est sé« vère de son essence, et c'est la dénaturer que de la rendre « illusoire, ou à peu près, en recommandant au juge d'être in« dulgent pour les fautes que les conservateurs commettent dans « l'exercice de leurs fonctions. Le même motif d'indulgence pour« rait être invoqué par les notaires et autres officiers publics. « Que dis-je? Tout auteur d'un fait dommageable pourrait s'en « prévaloir. Il est dur, en effet, d'être tenu des suites, souvent « incalculables, de la moindre négligence et de la moindre im« prudence. Mais l'indulgence que l'on témoignerait à l'auteur « du fait dommageable serait une iniquité pour la partie léseé; et « la partie lésée, c'est non seulement le particulier qui éprouve « un dommage, c'est aussi la société qui est intéressée à ce que « la fortune des hommes ne soit pas compromise par la negligence « ou l'imperitie des officiers publics auxquels les tiers sont obli« gés de s'adresser pour sauvegarder leurs droits. Si leurs droits, « au lieu d'être garantis, sont detruits, n'est-il pas de toute ju« stice qu'ils aient un recours contre l'auteur du fait dommagea« ble? Le droit et l'equité sont pour la victime et non pour le « coupable » (3).

---

(1) GRENIER, *op. cit.*, II, 531. Il principio è accolto da altri, segnatamente da TROPLONG, *op. cit.*, IV, 1001 e da PONT, *op. cit.*, VI, 1444.

(2) MARTOU, *op. cit.*, IV, 1617.

(3) LAURENT, *op. cit.*, XXXI, 596. Può consultarsi in argomento una sentenza della corte d'appello di Trani, 2 settembre 1887, *Riv. Trani*, XIII, 541.

359. Trattandosi di materia di puro fatto, spetta naturalmente ai tribunali una certa libertà di apprezzamento, onde determinare caso per caso se vi è colpa del conservatore, e se la colpa ha cagionato un danno a colui che reclama il risarcimento. I giudizi emessi a questo riguardo, sempre che non fossero determinati da un' erronea applicazione o da falsa interpretazione della legge, non sarebbero censurabili in sede di cassazione.

Per ciò che attiene alla colpa, la prova di essa è indubbiamente a carico di chi agisce con l' azione di responsabilità e la legge offre al giudice un criterio per eliminarla disponendo nel n. 2 dell'art. 2067 che i conservatori non sono responsabili delle omissioni e degli errori incorsi nei certificati e nelle copie, quando gli uni o le altre provengono da indicazioni insufficienti, che non possono venire loro imputate.

Con ciò il legislatore non attenua la responsabilità, ma la determina e la limita ai casi in cui il pregiudizio è avvenuto veramente per negligenza del conservatore. Se il nome o il cognome del debitore erano erroneamente indicati nella nota originaria in ordine alla quale fu presa la iscrizione, se richiesto poi il certificato col nome e cognome esatto, il conservatore non vi comprese quella iscrizione, di chi la colpa? Non certamente del conservatore, il quale, data la diversità delle indicazioni, non era obbligato a indovinare che si trattava della stessa persona. L'errore di una sola lettera, specialmente nel cognome, può bastare ad escludere la responsabilità del conservatore, perchè chiesto, a modo di esempio, il certificato delle ipoteche iscritte contro Sardi, esso non sarebbe obbligato a riportarvi le iscrizioni esistenti contro Sordi, che è cognome del tutto diverso (1).

---

(1) Non in tema di responsabilità del conservatore, ma nel tema strettamente connesso di nullità della iscrizione per incertezza assoluta nelle indicazioni sostanziali (art. 1998 cod. civ.), la corte d'appello di Roma ebbe appunto

Quello che è indubitato è questo, che per stabilire la responsabilità non basta la prova della colpa, occorre ancora la prova del danno risentito (1): se non ostante la omissione o l'errore, la formalità ipotecaria è stata ritenuta valida, per difetto di quella incertezza assoluta che sola ne induce la nullità, se non ostante che una iscrizione non sia stata compresa nel certificato, il creditore al quale non fu notificato il bando di vendita coatta, o l'atto diretto a liberare l'immobile ipotecato mediante giudizio di purgazione, è comparso nel giudizio di graduazione ed ha ottenuto pagamento del suo credito, se una ipoteca che doveva aver grado anteriore l'ha avuto posteriore per colpa del conservatore, ma ha, ciò non ostante, servito allo scopo di fare ottenere pieno rimborso di tutto quanto era dovuto, come si potrebbe parlare di responsabilità?

Per questo riflesso noi reputiamo opportuno di rimandare un più minuto esame di questa materia al capitolo seguente, nel quale dovremo parlare dei requisiti essenziali per la validità della iscrizione ipotecaria e delle conseguenze che derivano dal difetto di questi requisiti. Conseguenza prima e più grave è la nullità, quando l'errore o la omissione inducono incertezza assoluta; e

---

a decidere nel senso manifestato nel testo in un caso in cui la differenza consisteva nell'avere scritto *Bucciarelli* invece di *Bocciarelli* (sentenza del 26 luglio 1871, *Legge* XI, I, 623). Non crediamo invece che possa escludersi *a priori*, come fa il Ricci (*Commento*, X, 314) la responsabilità quando sia stato richiesto il certificato contro *Francesco M.* e il conservatore non vi abbia riportato le iscrizioni esistenti contro *Francesco Antonio M*; se dalla stessa tavola alfabetica e dal repertorio debitori resultasse che si tratta di due persone diverse, il conservatore potrebbe declinare la sua responsabilità; ma se nel circondario dell'ufficio vi fosse una persona sola di quel nome e cognome, il caso sarebbe per lo meno dubbioso. Si tratta, del resto, di giudizii di fatto sui quali non conviene insistere.

(1) Cass. Napoli, 12 marzo 1875, *Gazz. proc.*, XIII, 197; Cass. Roma, 20 agosto 1884, *Legge*, XXV, I, 509; Trib. S. Maria Capua Vetere, *Massime*, XXIV, 12.

in tal caso è da vedere se l'errore o la omissione siano imputabili alla parte o al conservatore, onde risolvere la questione subalterna della responsabilità.

360. La giurisprudenza ha avuto frequentemente occasione di decidere casi particolari nei quali era in giuoco la responsabilità del conservatore. Trattandosi di materia di puro fatto, nella quale diversità anco lievissime da caso a caso devono necessariamente indurre diversità di giudizio, ci limiteremo ad addurre pochissimi esempi.

La corte di cassazione di Torino ritenne la responsabilità del conservatore in un caso di cancellazione d'ipoteca indebitamente fatta. La nullità della cancellazione resultava invero dal titolo in virtù del quale era stata eseguita, ma la corte giustamente osservò che i terzi non sono tenuti a discostarsi dalle resultanze dei registri: « Sarebbe invero strano e sovversivo di tutto il sistema, « che il cittadino, dopo aver ricorso ai registri delle ipoteche, do- « vesse ancora procurarsi ed esaminare i titoli in forza dei quali « le iscrizioni e le altre operazioni furono eseguite, per farsi poi « giudice egli stesso della validità o nullità, non solo delle iscri- « zioni e annotazioni, ma degli stessi titoli; da ciò deriverebbe « quella confusione e incertezza che con il sistema della pubbli- « cità si volle eliminare » (1).

La corte d'appello di Bologna ebbe ad escludere la responsabilità in un caso in cui la cancellazione di una iscrizione era stata operata in ordine a provvedimento dell'autorità giudiziaria reso al seguito del procedimento speciale sancito dall'art. 2039 cod. civ. Commentando a suo luogo la disposizione affatto eccezionale di questo articolo, avremo occasione di ritornare sulla materia di cui ora si fa cenno. Qui ci limiteremo ad osservare che giustamente la corte distinse il caso in cui una ipoteca, man-

(1) Cass. Torino, 11 giugno 1889, *Giur. tor.*, 1889, 549.

cando il consenso della parte, si cancella in virtù di sentenza passata in giudicato, resa in contradittorio fra debitore e creditore (art. 2036 cod. civ.), dal caso ben diverso in cui, avendo il conservatore ricusato di cancellare una iscrizione, la cancellazione è ordinata con provvedimento di camera di consiglio (art. 2039 cod. civ.). Qui non si richiede che il provvedimento sia notificato al creditore e abbia fatto passaggio allo stato di cosa giudicata, perchè il giudizio, ove l'autorità adita non ordini che siano chiamati i presunti interessati, si svolge unicamente fra la parte richiedente e il conservatore ed appartiene più tosto alla volontaria che alla contenziosa giurisdizione (1).

La corte di cassazione di Firenze ebbe del pari ad escludere la responsabilità del conservatore in un caso nel quale egli aveva omesso nella copia di un' iscrizione contenuta nel certificato ipotecario la elezione del domicilio del creditore, rendendo così necessaria la notificazione del bando all' ufficio delle ipoteche, anzi che al domicilio eletto. La elezione del domicilio ha per oggetto, come vedremo, che il creditore possa essere indubbiamente informato della subastazione o dell'acquisto susseguito da purgazione dell' immobile ipotecato a suo favore, onde poter concorrere in graduatoria, fare il rincaro e ottenere collocazione del suo credito; d' altro canto la legge dispone che in mancanza di elezione di domicilio il bando e la comparsa di purgazione si notificano all'ufficio delle ipoteche; quindi in tesi generale il conservatore che omette l'elezione di domicilio, rendendo così necessaria, o soltanto possibile, la notificazione all' ufficio delle ipoteche, è indubbiamente responsabile se il creditore non ha conosciuto in tempo il fatto per lui importantissimo dell' apertura del giudizio di graduazione e non ha potuto intervenirvi per domandare quella collocazione che in ragione del suo grado gli sarebbe spettata; ma nel caso partico-

(1) Bologna, 8 maggio 1891, *Foro it.*, 1891, I, 1204.

lare la elezione di domicilio omessa era difettosa, perchè non conteneva l' indicazione del comune ove il domicilio veniva eletto: fu questa circostanza che servì a salvare il conservatore, perchè la corte suprema osservò, che quando ancora egli avesse riportato nella iscrizione la elezione di domicilio omessa, la notificazione avrebbe dovuto farsi egualmente all' ufficio ipotecario, e il creditore non ne avrebbe risentito alcun vantaggio (1).

La responsabilità del conservatore fu del pari esclusa dalla Cassazione di Roma nella seguente specie di fatto. Richiedendo la iscrizione di una ipoteca erano state presentate due note in una delle quali il nome del debitore era errato, nell' altra no; il conservatore non collazionò le due note e iscrisse l' ipoteca contro Giuseppe, riportando nel registro la indicazione erronea contenuta in una di esse, e restituì l' altra in cui il debitore era esattamente qualificato come Vincenzo. Ne avvenne che mentre il creditore riteneva di avere regolarmente iscritto la ipoteca contro Vincenzo, la iscrizione era presa invece contro un Giuseppe che non esisteva, o era persona diversa, non proprietaria dei beni ipotecati; l'errore era tanto sostanziale, che il creditore resultò perdente nel

---

(1) Cass. Firenze, 16 luglio 1891, *Foro it.*, 1891, I, 1032. La sentenza confermata con questa decisione era della corte di Venezia, 26 luglio 1889, *Foro it.*, Rep. 1889, Voce *esecuzione immobiliare*, 130-135. « Invano poi, disse la corte « suprema, il pio istituto invoca gli articoli 2066, 2067 cod. civ... Imperocchè, « la omissione nella copia di una formalità incompleta o inefficace, non può dar « diritto alla parte di considerarla come completa e valida. Per giudicare la « controversia fra l' iscrivente e il creditore istante e liti consorti si potrà con- « siderare come riprodotta nella copia del certificato la formalità come fu espressa « nella nota ipotecaria; ma poichè per le cose già dette è dimostrato che tale « formalità fu concepita in modo incompleto, talchè resulta inefficace e nulla, il « danno che ne deriva deve attribuirlo all' errore suo, non alla omissione del « conservatore. Imperocchè se il conservatore avesse anche riprodotto nel certi- « ficato la formalità come fu espressa nella nota, il creditore istante avrebbe « dovuto notificare il bando nell'uffizio di conservazione delle ipoteche ».

giudizio di graduazione e ritenne di essere nel diritto di agire contro il conservatore per farlo dichiarare responsabile del danno patito; ma la sua domanda, accolta dal tribunale, fu respinta dalla corte d'appello per considerazioni di mero fatto che incontrarono il plauso della corte suprema, la quale respinse il ricorso. « Gli « obblighi del conservatore implicanti la sua responsabilità sono « scritti negli articoli 2067, 2068 cod. civ., in nessuno dei quali « è detto che il conservatore debba, prima di eseguire la opera- « zione dell' iscrizione che gli viene richiesta, assicurarsi se le due « note che la parte deve presentargli siano perfettamente conformi « ed abbiano i requisiti necessari alla validità dell'iscrizione: questo « è un compito lasciato dalla legge alla parte, che è interessata « a che l' operazione sia regolarmente fatta, ed il conservatore « deve presumere che abbia la parte curato che le note fossero « regolarmente redatte. Esso risponde della non perfetta trascri- « zione nei registri della nota presentata, e che rimane presso « di lui a sua garanzia, e delle omissioni ed errori che in tale « trascrizione possa aver commesso, e non risponde delle irrego- « larità o difetti che la nota stessa possa contenere, perchè questi « sono da ascriversi a colui che la nota ha redatto. Nè può ri- « cavarsi argomento di responsabilità dall' attestazione di avere « eseguita l' operazione richiesta (attestazione fatta, a termini di « legge, in calce alla nota richiesta), quasi che con ciò il conser- « vatore certifichi un fatto non vero. L' attestazione stabilisce la « eseguita trascrizione nei registri d' una delle note, e quando tra « questa e l' iscrizione nel registro vi è perfetta corrispondenza, « l' attestazione stessa non può dirsi errata nè disforme al vero. « Se la nota restituita, ai piedi della quale ha fatto il certificato, « porta un nome differente da quella iscritta nei registri, e ri- « masta presso il conservatore, lo sbaglio non è da imputarsi a « lui, ma a chi ha presentate le note, che doveva farle redigere « regolarmente ed assicurarsi, prima di consegnarle al conserva- « tore, che erano regolari, perchè esso non può, giusta l'art. 2069,

« sotto verun pretesto d' irregolarità delle note, ricusare di rice-
« verle e ritardare di farne l' iscrizione nei registri, sotto pena
« dei danni, lo che dimostra che, quanto d' irregolare può esservi
« nelle note, resta ad esclusivo carico di chi le ha redatte e non
« può mai riversarsi la colpa sul conservatore se non le ha fatte
« rettificare. Questa rettifica importa un esame preventivo del con-
« servatore sulle note, che la legge non gl' impone, ed un ritardo
« necessario al compimento dell' operazione, che la legge vuole
« sia prontamente fatta, rendendo responsabile il conservatore del
« ritardo » (1).

---

(1) Cass. Roma, 23 giugno 1896, *Foro it.*, 1896, I, 1075. La sentenza confermata era della corte d'appello di Roma, 23 luglio 1895, *Sinossi giurid.*, fascicolo 114, serie 2ª, pag. 58. La decisione della corte di cassazione è stata censurata dal DONÀ in una nota critica inserita nel *Monitore dei tribunali di Milano*, 1896, 825, basata unicamente sulla osservazione che insieme alle note deve essere presentato il titolo (art. 1987 cod. civ.) e che per conseguenza il conservatore deve confrontare il titolo con le note ed accertarsi della loro conformità. Se il conservatore, dice il DONÀ, avesse letto il titolo avrebbe visto che il debitore si chiamava Vincenzo e non Giuseppe, e la ipoteca, malgrado la inesatta indicazione contenuta in una delle due note, sarebbe stata regolarmente iscritta. Noi siamo di contrario avviso. La legge esige la presentazione del titolo, perchè il conservatore possa verificare che vi è un titolo per iscrivere e che questo consiste in un atto pubblico o in una scrittura privata autenticata da notaio o accertata giudizialmente. Del contenuto il conservatore non è giudice, e non è per ciò obbligato ad occuparsi. Non vale il dire che si trattava di un errore palese *ictu oculi*. La legge non distingue, nè il criterio per sottoporre a trattamento giuridico diverso l' errore palese dall' errore nascosto può essere stabilito per via d' interpretazione. In una delle due note presentate per l' iscrizione e precisamente in quella trascritta poi dal conservatore nel registro, manca un numero catastale che figura nell' altra nota e nel titolo. Il conservatore che l' omette non è responsabile, perchè i numeri di quell' iscrizione possono essere qualche centinaio ed è la parte, non il conservatore, che ha l' obbligo di collazionarli. Casi nei quali fu ritenuta la responsabilità dei conservatori possono vedersi nelle seguenti decisioni: Cass. Firenze, 19 dicembre 1881, *Foro it.*, VII, I, 509; Cass. Roma, 29 marzo 1885, *Legge* XXVI, II, 325.

361. È poi indubitato che la responsabilità del conservatore, essendo fondata sul principio generale che regola le obbligazioni nascenti dalla colpa extra-contrattuale, è principale non sussidiaria. Ebbe a rilevarlo opportunamente la corte di cassazione di Palermo in un caso nel quale il conservatore cercava di esonerarsi dal risarcimento dei danni che gli veniva domandato, deducendo che colui che lo reclamava aveva pregiudicato l'azione di regresso che sosteneva competergli dopo avere risarcito il danno. Il conservatore cercava in sostanza di porsi nella giuridica posizione di un fideiussore, o di un coobbligato, che avendo estinto il debito, è surrogato di diritto nelle ragioni del creditore soddisfatto; e poichè tale surrogazione non poteva farsi, o non poteva farsi con effetto utile, per circostanze dipendenti dal modo di agire del creditore, sosteneva di essere liberato da ogni obbligazione.

La corte d'appello aveva accolto questo sistema di difesa; ma la corte di cassazione così ebbe ad escluderlo: « Però, in così giu-
« dicare, la corte ricorreva evidentemente in errore. Essa rite-
« neva la irresponsabilità del conservatore sul quale in genere, pel
« proprio fatto del commesso equivoco nel certificato, causa prima
« del danno, questo danno doveva ricadere; riteneva la obbli-
« gazione del conservatore come una obbligazione sussidiaria di
« quella del debitore, assimilandolo al fideiussore, a colui che è
« costretto a pagare per altri, o con altri; dicea che egli doveva
« essere surrogato nei diritti di colui pel quale era costretto a
« pagare, e che costui dovea mantenere intatte le garanzie del
» credito, pel quale il conservatore dovea pagare, e cederle allo
« stesso conservatore, e che, queste perdute, disperse per incuria
« del creditore, esso non avea più diritto a rivalsa; e in tutto
« ciò essa contravveniva alla legge, la violava, faceane storta ap-
« plicazione. — Il compratore di un fondo, quando paga ai credi-
« tori ipotecarii il prezzo del fondo stesso, secondo il rango ad
« essi competente per le iscrizioni rispettive, fa quello che deve
« accortamente fare, per pagare con sicurezza il prezzo del suo

« acquisto, e questo fecero i signori Platania Grassi, poichè il « credito del Patanè Galasso era prima iscritto di quello della « signora Cosentino, e se, seguendo la convenzione passata col « venditore, avessero prima pagato a costei, ciò non avrebbe evi- « tato la evizione, che venivano a soffrire;

« Non l'avrebbero evitata, perchè, se avessero pagato prima « la Cosentino, poi avrebbero, stretti dall' azione reale, dovuto « pagare a Patanè Galasso, che pure avrebbe potuto intimarli a « pagare, o dimettere; così che l' evizione, la molestia, sarebbe « sempre avvenuta, e solo si sarebbe mutato il nome di chi la « cagionava, e ciò sempre perchè aveano comprato sulla fede di « quel certificato erroneo, che loro assicurava essere il fondo ipo- « tecato per minor somma di quella che di fatto lo era. La causa, « dunque, di quel danno fu l'errore di quel certificato;

« Fu strano poi il pretendere che il conservatore avesse do- « vuto riguardarsi quale un fideiussore, che egli era obbligato per « altri e con altri, e che doveva essere surrogato nei diritti del « creditore, al quale si dovea pagare;

« La obbligazione del conservatore a rispondere del danno « causato dalla sua negligenza è principale; a lui sono estranei i « termini della fideiussione; paga per sè, e per la sua colpa, non « paga per altri; è obbligato per sè stesso, pel suo ufficio, e non « per altri; sempre che il danno esista, ne risponde;

« La surroga, o la cessione dei diritti, non ha luogo. La sur- « roga è, o legale, o convenzionale, ed al conservatore non com- « pete nè per legge, nè per convenzione » (1).

362. L' azione di responsabilità è assolutamente distinta dal- l'azione sul pagamento della multa di cui all' art. 2075 cod. civ., benchè l'una e l'altra possano avere per fondamento lo stesso fatto colposo del conservatore. La distinzione consiste in ciò, che la

---

(1) Cass. Palermo, 27 marzo 1886, *Annali di giur. it.*, XX, I, 1, 413.

parte danneggiata può promuovere l'azione civile di responsabilità quantunque il pubblico ministero non abbia chiesto, nè creda di chiedere, l' applicazione della multa comminata dalla legge, come il pubblico ministero può richiedere l' applicazione della multa, quantunque la parte danneggiata non promuova l' azione civile e dichiari di condonare al conservatore la obbligazione da lui incontrata per irregolare adempimento delle sue funzioni.

La multa di cui è parola nel citato articolo essendo estensibile a L. 1000 ha un minimo di L. 51, perchè nell' art. 23 delle disposizioni di coordinamento del codice penale è prescritto che quando la multa è comminata senza che ne sia determinato l'ammontare, s' intende parlare della multa stabilita dal codice penale che ha appunto un minimo di L. 51 (1).

Fu pure deciso che alla multa suddetta non è applicabile la prescrizione speciale di cui all' art. 118 della legge sul notariato, ma bensì la prescrizione ordinaria quinquennale.

363. Una questione che non riguarda direttamente il tema della responsabilità del conservatore, ma vi si connette abbastanza perchè se ne possa far cenno in questa stessa sezione, si è quella riguardante le operazioni ipotecarie d'ogni specie nelle quali il conservatore è personalmente interessato.

Nessun testo di legge vieta al conservatore di acquistare o di vendere immobili, di porre in essere rapporti di debito e di credito nel circondario in cui esercita il suo uffizio; non può pertanto dubitarsi della sua capacità a iscrivere, annotare e cancellare ipoteche a favore o contro di sè medesimo, a trascrivere una vendita od una compra che egli faccia, ed a compiere qualsiasi altra formalità nella quale egli ha un interesse diretto e personale.

---

(1) Palermo, 26 luglio 1895, *Sinossi giur.*, 2ª serie, fasc. 104, art. 1984; Palermo, 23 aprile 1867, *Sinossi giur.*, 2ª serie, fasc. 10, art. 1984.

Osserva a questo proposito il Laurent, confutando la contraria opinione del Persil, che quando la legge ha voluto interdire a certi funzionari di compiere gli atti del loro ministero in ragione dell' interesse che possono avere negli atti stessi, lo ha dichiarato espressamente, e cita il caso del notaio che non può rogare atti nei quali è interessato. Il silenzio della legge è un argomento validissimo per far ritenere la capacità del conservatore. Vi è d'altronde una notevole diversità dal caso del notaio al caso del conservatore, perchè il notaio che rogasse quando ha un interesse personale nell' atto, si creerebbe da sè stesso un titolo, lo che è contrario ai principii universalmente ammessi; gli atti di competenza del conservatore, invece, non sono titoli di per sè stessi, ma sono la esteriore manifestazione di un titolo che già esiste, e che si rende pubblico perchè abbia effetto di fronte ai terzi (1).

Si deve pertanto ritenere che il conservatore possa validamente iscrivere una ipoteca contro sè medesimo e che possa anche iscrivere una ipoteca costituita da altri a suo favore, o a lui spettante contro il suo debitore in virtù di legge o di sentenza (2).

Per identiche ragioni il conservatore potrebbe rilasciare certificati contro sè medesimo, dal momento che i registri sono affidati alla sua custodia; la più elementare convenienza gli suggerirà indubbiamente di dichiararsi impedito e di farsi rappresentare da

---

(1) LAURENT, *op. cit.*, XXXI, 575, contro: PERSIL, *Regime hypothécaire* sur l' art. 2196 n. 5.

(2) AUBRY e RAU, *op. cit.*, III, § 268. Il LAURENT (*op. cit.*, 576) così in proposito si esprime: « Le conservateur ne se crée pas un titre à lui même: « si l' inscription a été faite sans être fondée sur un titre, elle est nulle; si « elle est fondée sur un titre, si, du reste, elle est conforme à la loi, elle sera « valable, sans que les tiers aient le droit de s'en plaindre, car ils sont avertis « par cette inscription regulière en la forme. Et si la publicité produit son « effet, pourquoi serait-elle frappée de nullité ? »

chi legalmente lo supplisce; ma ove non lo faccia, e rilasci egli stesso i certificati, non potrebbe negarsi ai medesimi la fede dovuta, ferma restando la sua responsabilità per le omissioni nelle quali fosse volontariamente incorso (1).

CAPO II

DELLA ISCRIZIONE

SEZIONE I

GENERALITÀ.

SOMMARIO

364. Importanza della iscrizione in quanto dà vita al diritto reale di ipoteca — 365. La ipoteca non spiega i suoi effetti senza la iscrizione, quantunque i terzi interessati ne conoscano la costituzione — 366. Eccezione nei casi di frode — 367. Finchè l'ipoteca non è iscritta non si ha il diritto reale: si ha soltanto diritto d'iscriverla contro il debitore e i suoi eredi — 368. Caso dell'ipoteca costituita, ma non iscritta, sull'immobile legato — 369. Quando l'ipoteca è iscritta produce tutti i suoi effetti di fronte ai terzi. Significato della parola *terzi* in questa materia — 370. È terzo anche il creditore chirografario. Confutazione della opinione contraria del Melucci — 371. Luogo della iscrizione — 372. Tempo della iscrizione — 373. Ipoteche condizionali. Ipoteche inesistenti perchè costituite sui beni futuri.

364. Nei rapporti diretti fra il creditore ipotecario e colui che ha costituito l'ipoteca convenzionale per sicurezza di un debito proprio od altrui, come nei rapporti fra il creditore e colui contro il quale esso ha titolo per procurarsi un diritto di prelazione ipotecaria in virtù di legge o di sentenza, la ipoteca non spiega effetto alcuno; lo stesso è a dirsi nei rapporti che i suc-

(1) La quistione è trattata e risoluta in questo senso dal MIRABELLI (*op. cit.*, pag. 269, 270) il quale cita nel senso stesso una decisione della corte suprema di Napoli del 27 luglio 1833.

cessori a titolo universale di queste persone hanno fra loro, perchè il debitore è obbligato con tutti i suoi beni all'adempimento delle contratte obbligazioni e la esistenza di una ipoteca non rende più stretto il vincolo e non modifica il principio generale del pegno generico spettante al creditore sui beni del debitore in virtù degli articoli 1948, 1949 cod. civ. (1). Soltanto quando vi sono più creditori di uno stesso debitore, o quando i beni del debitore passano in terza persona, senza che questa succeda in tutti i diritti e in tutte le obbligazioni dell'alienante, la ipoteca spiega i suoi effetti; ma per questo deve essere resa pubblica (art. 1065 cod. civ.) e la forma mediante la quale si ottiene questa pubblicità è l' iscrizione nell' uffizio delle ipoteche del luogo in cui si trovano i beni gravati (art. 1981 cod. civ.).

L' iscrizione rappresenta dunque, pel diritto d' ipoteca, quella stessa forma essenzialissima che per la efficace costituzione e modificazione degli altri diritti reali immobiliari, e per la stessa efficace trasmissione della proprietà dei beni immobili per atto tra i vivi, è rappresentata dalla trascrizione; con questa differenza però, che mentre gli atti tra i vivi che costituiscono diritti reali immobiliari diversi dalla ipoteca, hanno effetto fra le parti indipendentemente dalla trasmissione, e hanno bisogno di questa formalità per avere effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull' immobile (art. 1942 cod. civ.), l' atto ed il titolo da cui la ipoteca deriva, o in virtù del quale essa è costituita, non spiegano effetto alcuno finchè questa non è resa pubblica mediante la iscrizione (art. 1965 cod. civ.). Infatti l'art. 1965 cod. civ. non parla come l'art. 1942 di effetto *riguardo ai terzi*; parla in modo generico di effetto della ipoteca, dicendo che se non è resa pubblica la ipoteca non ha effetto, appunto perchè essa per la sua natura

---

(1) V. la parte VII di questo *Diritto civ. it.* Vol. unico *dei privilegi*, Tit. I.

di diritto reale, che attribuisce la prelazione del credito e la rende efficace con autorizzare il creditore ipotecario a perseguitare l'immobile nelle mani di qualunque possessore, non può spiegare effetto nei rapporti diretti fra creditore e debitore, mentre il suo scopo è di spiegare effetto di fronte ai terzi, siano essi creditori concorrenti sul prezzo dell' immobile gravato, siano acquirenti, per qualsivoglia titolo singolare, dell' immobile stesso.

Per questo, potendo dirsi che la iscrizione della ipoteca è quella che dà vita al relativo diritto reale, si comprende la grande importanza di siffatta formalità. Finchè non è resa pubblica, la ipoteca rimane allo stato latente e non produce effetto alcuno; in forza della iscrizione produce il suo effetto riguardo ai terzi, soli interessati alla pubblicità degli oneri che vincolano la proprietà.

Taluno ha affermato che nei rapporti fra creditore e debitore ipotecario l' ipoteca sussiste in base al titolo della sua costituzione, le parti non potendo ignorare, perchè occorra loro darne avviso, ciò che esse medesime hanno voluto, direttamente con l'ipoteca convenzionale, indirettamente con l' ipoteca legale o giudiziale (1); ma l'affermazione non è esatta: solo diritto che spetta al creditore avente ipoteca è il diritto d' iscriverla, finchè sussista il credito, acquistando quel grado che può spettargli in ragione del momento in cui la iscrizione viene eseguita; ma questo, più tosto che l'effetto, è la causa dell' ipoteca; l'effetto è la prelazione, resa efficace dal diritto di seguito, prelazione e diritto di seguito, che unicamente di fronte ai terzi spiegano e possono spiegare il loro effetto utile.

Tanto ciò è vero, che lo stesso scrittore, dopo avere affermato che nei rapporti fra debitore e creditore l' ipoteca sussiste quantunque non iscritta, si affretta a soggiungere che il debitore

(1) Melucci, *op. cit.*, sez. XI, n. 1.

ed il suo erede non possono eccepire la nullità dell'iscrizione eseguita, e che questa nullità può essere eccepita unicamente dai terzi; ciò contradice alla premessa, essendo evidente che il debitore ed il suo erede non possono eccepire la nullità dell'iscrizione perchè non vi hanno interesse, restando egualmente obbligati al pagamento del debito con tutti i loro beni, e così con lo stesso immobile ipotecato, quando ancora sulle loro istanze potesse essere dichiarata la nullità dell'iscrizione.

Coloro che pensano che la ipoteca sussista indipendentemente dalla iscrizione, e che la iscrizione valga soltanto ad attribuirle efficacia riguardo ai terzi, parificando così l'iscrizione alla trascrizione (1), partono da un concetto a parer nostro errato, perchè nel sistema di completa pubblicità adottato dal legislatore, è soltanto e sempre la iscrizione che dà vita al diritto reale d'ipoteca (2); fino a che questa non è iscritta, vi è titolo a iscriverla

---

(1) In questo senso si esprimono, fra gli altri il Ricci, *op. cit.*, X, 199; Pochintesta, *op. cit.*, II, 254.

(2) Nei vari progetti di cod. civ. succedutisi durante il periodo di preparazione era ammesso che certe ipoteche legali, quando fossero iscritte entro un termine utile, risalissero al momento della loro origine. Se questo errato sistema fosse stato conservato, come era ammesso dal codice francese e dai precedenti codici italiani, si sarebbe potuto realmente dire che l'ipoteca, per quanto acquistata con l'iscrizione, potrebbe sussistere, almeno per un limitato spazio di tempo, indipendentemente da questa: ma la commissione coordinatrice, giustamente preoccupata dalla necessità di dare al principio della pubblicità il massimo svolgimento possibile, fece *tabula rasa* di tutte quante le restrizioni derivanti dalla efficacia retroattiva della iscrizione delle ipoteche legali. La relativa discussione è troppo importante, perchè possa essere trascurata: « In ordine all'art. 2032 del pro- « getto senatorio (art. 2007 del codice) il Ministro guardasigilli faceva il « quesito, se disponendosi che l'ipoteca legale della moglie prende grado « dal giorno della sua origine, ove essa ipoteca sia stata iscritta nei venti « giorni successivi, non si rechi una troppo grave ferita al principio della « pubblicità, e quindi una grave scossa al credito fondiario? — Lo stesso « quesito era stato già proposto dalla Commissione della Camera dei de-

ma non vi è il diritto derivante dalla iscrizione; vi è diritto all'ipoteca, non diritto d'ipoteca, ed è chiaro che i due concetti sono sostanzialmente diversi.

———

« putati, incaricata di riferire intorno al progetto di legge per la unificazione legislativa del Regno. — E nella Camera elettiva, quando si discuteva questa legge, il deputato Crispi osservava, che se l'ipoteca legale della moglie, ove sia iscritta nei venti giorni, acquista la sua forza dal giorno del contratto, restando così per 20 giorni occulta, e il fondo intanto apparendo libero, s'insidia al credito. — Proponeva per ciò di sopprimere il secondo capoverso del detto art. 2032. — Uno dei commissari (Precerutti) propone che si sopprima, non pure questo capoverso secondo, ma eziandio il capoverso precedente. — Si vota sulla soppressione del capoverso secondo. Essa è accettata all'unanimità. — Quanto al capoverso primo, taluno (Bartalini) ne propugna la conservazione. Se è all'interesse dei terzi, che vuolsi provvedere sopprimendo questo capoverso, qual mai havvi bisogno per ciò di privare l'alienante e il condividente del beneficio loro accordato in esso capoverso? — Ognuno, prima di aprire un credito ad altri, si cura di esaminare la provenienza dei beni, sui quali gli si concederebbe ipoteca; e se vedrà che questi beni provengono da acquisti o da divisioni recenti, aspetterà a consentire il credito quando siano trascorsi venti giorni dalla data dell'atto di alienazione o di divisione. Imputi egli a sè medesimo, se per essere stato improvvido, si troverà posposto nell'ipoteca all'alienante o al condividente, i quali d'altro canto, non debbono essere posti nella dura condizione di dovere incontanente pensare a prendere iscrizione (ciò che forse qualche volta loro tornerebbe impossibile), se non vogliono vedersi prendere il passo da terzi. — Altri invece (Mancini), pensa che il capoverso primo dell'art. 2032 vada pur cancellato. — Esso contiene una deroga non giustificabile al principio della pubblicità in materia ipotecaria, al quale s'informa il Progetto; — fa rinascere, sotto altra forma, il privilegio del venditore e del condividente, che nel nuovo codice è saviamente abolito. — Si è detto *non giustificabile* perchè, essendosi stabilito che basti la presentazione di un semplice certificato della sussistenza del titolo per operare la iscrizione, il venditore e il condividente potranno sempre, se vogliono, provvedere con tutta sollecitudine ad iscrivere la loro ipoteca. E, d'altra parte, con la disposizione in esame, chi assicurerà i terzi, che colui col quale contrattano, non abbia venduto ieri il fondo, su cui oggi offre ipoteca? — Un altro commissario (Bonacci) aggiunge nello stesso senso, che ogni

Non è di ostacolo all'accoglienza di questo nostro concetto la disposizione dell'art. 1942 capov. cod. civ. per la quale, sinchè non sia seguita la trascrizione dell'alienazione, non può avere effetto in pregiudizio dell'ipoteca concessa all'alienante alcuna trascrizione od iscrizione di diritti acquistati verso il nuovo proprietario (1). Qui non si tratta veramente di una ipoteca tacita, che sussista indipendentemente dalla iscrizione, e che, indipendentemente dalla iscrizione operi il suo effetto: si tratta più tosto di un ostacolo giuridico alla efficacia delle trascrizioni e delle iscrizioni concesse da chi non ha trascritto il proprio titolo di acquisto, facilmente superabile a chi, essendo cauto di riscontrare i registri ipotecari, si astiene dal contrattare con l'acquirente di un immobile che non ha peranche ottemperato alla formalità sostanzialissima della trascrizione (2).

« pericolo per l'alienante e pel condividente svanisce col sistema della tra« scrizione; massime se si accolgano nel nuovo codice, come egli propone, di« sposizioni simili a quelle che incontransi nel regolamento legislativo per gli « Stati Pontifici, nel quale, dopo essersi detto che la trascrizione fatta dallo « acquirente nella forma prescritta dalla legge conserva il privilegio da essa « stabilito (art. 96), si soggiunge, che il conservatore delle ipoteche, *nel tra« scrivere l'atto di alienazione, dovrà iscrivere d'ufficio la ipoteca in favore dell'a« lienante* pel totale o pel residuo del prezzo, e per gli obblighi e pesi assunti « dall'acquirente, ed in favore di chiunque abbia sborsato danaro in paga« mento del prezzo convenuto, se non venga presentato ad esso conservatore « un altro atto pubblico, da cui resulti che fu pagato il prezzo, e che gli ob« blighi e pesi furono adempiuti (art. 188), — e si aggiunge ancora, che l'alie« nazione non produce effetto quanto ai terzi, fintantochè l'atto pubblico o « privato non è trascritto nei registri ipotecari (art. 189). Si vota quest'ulti« ma proposta (Bonacci); essa viene accettata, e resta così soppresso anche il « primo capoverso dell'art. 2032: viene incaricato uno dei segretari (Vaccaro« ne) di coordinare le relative disposizioni in base al nuovo sistema adottato « dalla Commissione ».

(1) Questa disposizione fu da noi sufficientemente illustrata nel vol. I, parlando dell'ipoteca legale dell'alienante, n. 81 seg.

(2) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 172.

365. L'iscrizione è dunque il mezzo che traduce in atto il principio della pubblicità e attribuisce all'ipoteca la sua efficacia giuridica; per essa i terzi hanno conoscenza legale del vincolo ipotecario, conoscenza che senza di essa non può aversi in modo alcuno. Quantunque i terzi sappiano, e possa provarsi, che una data ipoteca è stata costituita, la medesima non può venire loro opposta, finchè non è iscritta (1). Come fra due acquirenti di uno stesso immobile non è preferito colui che ha un titolo anteriore di data, ma bensì colui che per primo ha trascritto il suo titolo sui registri a ciò destinati (2), così fra due creditori ipotecari è preferito colui che per primo ha preso iscrizione, quantunque la sua ipoteca sia stata costituita posteriormente ed egli conoscesse la costituzione dell'altra ipoteca precedentemente consentita (3), anco per dichiarazione fattane dallo stesso costituente nell'atto di consentire la ipoteca posteriore (4); egualmente il compratore di un immobile può dedurre il difetto d'iscrizione dell'ipoteca costituita sul medesimo, sebbene non ignorasse il fatto della sua costituzione (5).

---

(1) In materia d'ipoteche, non è la intenzione delle parti, ma la materialità della iscrizione quella che regola i diritti nei rapporti coi terzi. Cass. Torino, 21 aprile 1873, *Legge*, XIV, I, 533; Ancona, 30 maggio 1874, *Annali di giur. it.*, VII, 2, 272.

(2) Cass. Napoli, 12 maggio 1884, *Giur. it.*, 1884, 1, 1520; Aquila, 26 novembre 1876, *Gazz. Pret.*, IX, 171; Cass. Firenze, 10 febbraio 1888, *Annali di giur. it.*, XXII, I, 323; Casale, 6 aprile 1888, *Giur. it.*, XXXVII, 235; Cass. Torino, 29 maggio 1888, *Legge*, XXVII, II, 64; Catania, 24 giugno 1888, *Legge*, XXVIII, II, 274.

(3) POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 255 il quale cita in questo senso una sentenza della Cour royale de Paris, 21 luglio 1807 (*Dalloz*, *Rep. gen.* V. Priv. e, hyp., n. 1370, 2°).

(4) *Dalloz*, *Rep. gen.* Voce citata, 1370, 3°.

(5) In questo senso la corte d'appello di Trani decise appunto che la conoscenza che abbia l'acquirente di un fondo di essersi precedentemente dal venditore costituita una ipoteca sul fondo stesso, senza che dal creditore sia

L'iscrizione è adunque l'unico mezzo di pubblicità ammesso dal legislatore; da essa dipende l'efficacia dell' ipoteca, senza che sia dato supplire con equipollenti di qualsiasi natura (1). Invero col sistema della pubblicità il legislatore si è proposto lo scopo di fornire agl' interessati un modo facile e sicuro di conoscere se e quali ipoteche gravino certi determinati beni, senza che faccia d'uopo istituire altre indagini oltre la ispezione dei registri senza ottemperare ad altre formalità oltre la richiesta e l'esame dei certificati ipotecari; la conoscenza personale che i terzi abbiano altrimenti delle ipoteche concesse, non può sostituirsi alla notizia legale che può desumersi soltanto dai registri: ogni deroga a questa norma distruggerebbe il principio fondamentale del sistema ipotecario, basato principalmente sulla pubblicità (2).

366. Giurisprudenza e dottrina sono però concordi nell'esclu-

---

stata iscritta, non dà diritto al creditore di compellere l'acquirente qual terzo possessore con l' azione ipotecaria (sentenza del 27 agosto 1884, *Rivista giur. Trani*, 1894, 495).

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 174. È di parere contrario il Ricci (*Diritto civile*, X, 199) il quale osserva che se l' iscrizione dell' ipoteca ha per effetto di portarla a conoscenza dei terzi, è necessaria per coloro che ignorano il diritto d' ipoteca, ma non lo è punto per quelli che ne hanno acquistata conoscenza in altro modo. Lo stesso scrittore si affretta a riconoscere che la dottrina è contraria a questo suo concetto: e come potrebbe essere favorevole? Altra cosa è la conoscenza di fatto, altra la conoscenza di diritto, che sola è produttiva di effetti giuridici. Ammettere la opinione surriferita, sarebbe lo stesso che dire che una sentenza passa in giudicato dal giorno che la parte condannata ne conosce il tenore, per essere stata a leggerla in cancelleria, quantunque non le sia stata mai notificata.

(2) Pochintesta, *op. cit.*, I, 255. Cons. su ciò, nella materia affine della trascrizione, Luzzati, *Trascrizione*, II, 98, dove osserva che la teoria della efficacia o inefficacia soggettiva dei libri ipotecari sconvolgerebbe tutto il sistema e renderebbe impossibile il raggiungimento dello scopo che il legislatore si è proposto. V. ancora il § 4 della legge prussiana del 1872, ove è detto che la conoscenza per parte dell' acquirente di un contratto anteriore non iscritto nel libro fondiario non è di ostacolo all'acquisto della proprietà.

dere i casi di frode (1), la quale non consiste nella semplice conoscenza della ipoteca precedentemente consentita e non iscritta, ma può consistere soltanto nel raggiro adoperato per impedire che l'iscrizione avvenisse e per procurarsi una ingiusta preferenza. Se per esempio un Tizio, dopo avere assunto l'incarico di iscrivere una ipoteca contro Caio per conto di un creditore, ritardasse deliberatamente l'adempimento della formalità, per procurarsi una sentenza di condanna contro lo stesso debitore e iscrivere con grado prevalente una ipoteca in favore proprio; se un individuo si interponesse per ottenere dal creditore di un terzo che non iscrivesse ipoteca, promettendo di acquistare esso i suoi beni e di pagare il debito con tanta rata di prezzo, e poi acquistasse e trascrivesse il suo acquisto senza rispettare il contratto impegno; in questi e in casi consimili, la materiale esistenza della formalità sui registri ipotecari non varrebbe a far salvo il diritto per tal modo illegittimamente acquistato.

La formalità ipotecaria resterebbe materialmente sui registri, ma il titolo in forza del quale la formalità è stata compiuta potrebbe essere impugnato con l'azione rivocatoria concessa dall'art. 1235 cod. civ. Si richiede per questo che il terzo che ha contrattato col debitore sia partecipe della frode, non bastando la semplice conoscenza del diritto preesistente non acquistato nè conservato nei modi di legge (2).

---

(1) POCHINTESTA, *op.* e *loc. cit.*; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 174. Cass. francese, 22 gennaio 1868. *Dalloz, per.*, 1868, I, 107.

(2) L. 19, § 2, D. *Quae in fraud. credit.* : « Quod ait praetor *sciente*, sic « accipimus *te conscio et fraudem participante* : non enim si simpliciter scio, il« lum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum « actione: sed si particeps fraudis est ». V. ancora il § 4 di detta legge: « Alias « autem qui scit aliquem creditores habere, si cum eo contrahat simpliciter sine « fraudis conscientia, non videtur hac actione teneri ». MAIERINI, *Revoca degli atti fraudolenti*, 58.

Conseguenza della revoca nei casi superiormente configurati sarà che la ipoteca prima iscritta, pur mantenendo la sua efficacia di fronte ai terzi in quanto sussista il credito relativo, non potrà spiegare il suo effetto che posteriormente a quella che avrebbe avuto la precedenza se non fosse stata la frode, e che il fondo che si era voluto rendere libero e invulnerabile con la fraudolenta trascrizione del titolo d'acquisto dovrà reputarsi gravato dalla iscrizione fraudolentemente impedita.

Ciò nei rapporti delle parti tra loro; che se la ipoteca fosse stata annotata a favore di un terzo, o se un terzo avesse acquistato diritti sull'immobile oggetto della trascrizione, sarebbe da applicare la disposizione dell'art. 1235 cap. 2.° cod. civ. per la quale « la rivocazione dell'atto non produce effetto a danno dei « terzi non partecipi della frode, i quali hanno acquistato diritti « sugl'immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di « rivocazione ».

367. Finchè l'ipoteca non è iscritta non si ha, come abbiamo avvertito, il diritto reale d'ipoteca, ma si ha il semplice diritto ad iscriverla, semprechè ne sia stata consentita la costituzione da chi aveva capacità di farlo, o esista un titolo, legge o sentenza, che autorizzi il creditore a compiere un atto di tanta importanza. Questo diritto all'ipoteca opera il suo effetto, sostanzialmente diverso da quello del diritto d'ipoteca legalmente acquistato e conservato, nei rapporti del debitore e del creditore fra loro, ma non ha efficacia alcuna di fronte ai terzi per i quali l'effetto dell'ipoteca comincia soltanto con l'iscrizione, ed è subordinato in tutto e per tutto alla esistenza e alla validità della iscrizione stessa.

Questo effetto del diritto all'ipoteca consiste unicamente nella facoltà d'iscriverla in ogni tempo, sempre che il fondo da ipotecarsi sia tuttora in proprietà del debitore, o presso un di lui successore a titolo universale, sottentrato nella universalità dei

suoi diritti o delle sue obbligazioni (1). Che se il fondo fosse passato in un acquirente per atto tra i vivi, che avesse trascritto il suo titolo d'acquisto, l'iscrizione della ipoteca non potrebbe altrimenti eseguirsi con effetto utile, potendosi opporre all'acquirente quelle ipoteche soltanto, che erano state iscritte anteriormente alla trascrizione del suo titolo (2).

368. Che dire del legato? Tizio che ha consentito sopra un suo immobile una ipoteca che non è stata iscritta, muore e lega l'immobile a Caio. Il creditore potrà esercitare mediante efficace iscrizione il suo diritto all'ipoteca in pregiudizio del legatario, dal momento che la proprietà dell'immobile è devoluta al legatario stesso, fino dal momento dell'apertura della successione, senza che sia richiesta la trascrizione perchè la devoluzione abbia effetto di fronte ai terzi?

Taluni scrittori propendono per la risposta affermativa ritenendo che la semplice apertura della successione non valga a purgare il fondo legato dalle ipoteche consentite dal defunto quantunque non iscritte.

In questo senso si osserva che per l'art. 876 cod. civ. il legatario prende la cosa nello stato in cui si trova nel giorno della morte del testatore, e per conseguenza con tutti quei pesi e con tutti quei vincoli che dal testatore vennero costituiti; si osserva ancora che il legatario, se non è un erede, non è neppure un terzo, ma bensì un avente causa del debitore, che riceve da esso la cosa nello stato in cui egli ebbe a porla; non si opponga, si dice, l'art. 1300 cod. civ., pel quale il legatario non è tenuto a pagare i debiti ereditari, dal momento che per lo stesso articolo è salva ai creditori l'azione ipotecaria sul fondo legato, salvo il regresso contro l'erede e il subingresso nelle ra-

---

(1) Pochintesta, *op. cit.*, I, 254. Torino, 21 febbraio 1876, *Giur. tor.*, XIII, 156.

(2) Ricci, *op. cit.*, X, 200.

gioni del creditore soddisfatto (1). Altri sono di contrario avviso; e a parer nostro la loro opinione merita piena accoglienza, perchè conforme ai principii superiormente esposti. L' art. 1033 cod. civ. ammette, è vero, che il legatario possa essere tenuto ipotecariamente al pagamento del debito, salvo il suo regresso contro l'erede tenuto personalmente al pagamento stesso; ma questo articolo presuppone una ipoteca regolarmente iscritta prima che si apra la successione; se l' ipoteca non è iscritta al momento in cui il legato diviene proprietà del legatario, non è giuridicamente possibile iscriverla dopo questo momento, perchè l' acquisto della proprietà per questo titolo opera i suoi effetti, di fronte a tutti, senza che sia necessaria la trascrizione (2). Nel caso vi è diritto all' ipoteca, che è diritto personale contro l' erede, non diritto d' ipoteca, che è diritto reale gravante il fondo. Il testatore non costituì effettivamente un vincolo, fornì semplicemente al creditore il diritto di costituirlo; se questi non lo costituì, se non iscrisse l' ipoteca in tempo utile, avrà azione personale contro l'erede per ottenere una garanzia diversa, e in mancanza il pagamento del suo credito, ma non potrà agire contro il legatario con un' azione ipotecaria che non gli compete, per la semplice ma perentoria ragione che non gli compete l' ipoteca. In questa materia non ha una speciale importanza la qualifica di avente causa; solo gli eredi, successori a titolo universale, sottentrano in tutti i diritti e in tutti gli obblighi del defunto; il legatario è un terzo, come è un terzo l'acquirente per atto tra i vivi, benchè abbia causa dall'alienante (3).

(1) LUZZATI, *Trascrizione*, II, 370; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 254 in nota; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 173.

(2) È strano che il PACIFICI-MAZZONI e il POCHINTESTA argomentino in prò della soluzione da loro propugnata dal fatto che il legatario non è ammesso a trascrivere il suo titolo di acquisto. Osserva a questo proposito opportunamente il MELUCCI (*op. cit.*, Lez. XI, n. 2) che la esenzione costituendo pel legatario una posizione di favore, non può essergli rivolta contro.

(3) In questo secondo senso cons. MELUCCI, *op.* e *loc. cit.*; RICCI, *op.* e *loc. cit.* V. ancora LAURENT, *op. cit.*, XXXI, 21; AUBRY e RAU, *op. cit.*, § 272.

Se pertanto venisse presa iscrizione sopra i beni di un defunto per acquistare e conservare il diritto nascente da un' ipoteca costituita prima della sua morte, per giudicare se la formalità è tempestiva e attributiva del diritto reale, conviene distinguere. Se il fondo gravato della ipoteca è passato negli eredi del costituente, la iscrizione spiega tutti gli effetti di cui è suscettiva, come se il debitore fosse tuttora in vita, ed anzi l'art. 1986 cod. civ. contempla il caso disponendo che le iscrizioni sopra i beni di un defunto possono essere fatte con la semplice indicazione della sua persona, e nel modo voluto per le altre iscrizioni, senza obbligo di far menzione degli eredi, che possono essere sconosciuti al creditore: se fosse passato invece in un legatario, la iscrizione non potrebbe essere presa validamente, perchè la trasmissione della proprietà si è verificata al momento stesso dell' apertura della successione (art. 852 cod. civ.) e il legatario non ha l' obbligo di trascrivere il suo titolo per renderlo operativo di effetto di fronte ai terzi. Dispone, è vero, l'art. 863 cod. civ. che il legatario deve domandare all' erede il possesso della cosa legata; ma altra cosa è il possesso, altra la proprietà; il principio che il legatario deve domandare all' erede il semplice possesso, dimostra chiaramente che la proprietà è passata in lui, indipendentemente da qualunque esteriore manifestazione di volontà e dall'adempimento di una formalità qualsiasi.

Se è passata la proprietà nel legatario, è evidente che il creditore non può altrimenti iscrivere l' ipoteca; il suo diritto all' ipoteca, diritto semplicemente personale, non può esercitarsi in pregiudizio del legatario, mentre il fondo legato, al momento in cui avvenne il trasferimento, non era peranche colpito dal diritto reale che prende vita soltanto con la iscrizione.

Non varrebbe obiettare che l' art. 1996 capov. cod. civ., disponendo che non basti l' iscrizione contro il defunto quando l' immobile gravato apparisce passato da tre mesi nel successore, non

parla soltanto degli eredi, ma ancora degli altri aventi causa del debitore. Il legislatore ha evidentemente voluto alludere al caso in cui fu espressa volontà del disponente che il legatario abbia conseguito sì la proprietà del fondo, ma abbia contemporaneamente dovuto assumere il debito garentito coll' ipoteca che al momento dell'apertura della successione non era peranche stata iscritta (1).

369. Quando poi la iscrizione è presa, ed è presa regolarmente, ed è regolarmente conservata con la rinnovazione, essa dà vita al diritto reale d' ipoteca e lo rende operativo di tutti i suoi effetti di fronte ai terzi.

Sono terzi, da questo speciale punto di vista, anzi tutto gli altri creditori della persona contro la quale la iscrizione è stata presa, siano essi chirografari o ipotecari posteriormente iscritti; in secondo luogo gli acquirenti dell' immobile ipotecato, o di un diritto reale sullo stesso immobile. Per effetto della iscrizione essi non possono allegare l' ignoranza del diritto reale acquistato e conservato dal creditore ipotecario, nè disconoscere la prelazione che gli compete sul prezzo dell' immobile, resa efficace non tanto dal diritto di farlo vendere per ottenere utile collocazione sul prezzo del medesimo, ma altresì dal diritto di perseguitarlo nelle mani di qualsiasi possessore e di escuterlo nella sua integrità, per quanto la proprietà ne sia stata modificata posteriormente alla iscrizione dell' ipoteca, con la costituzione di diritti reali a favore altrui.

Questo diciamo guardando obbiettivamente la situazione del creditore che iscrive la sua ipoteca, di fronte a coloro che iscrivono posteriormente la loro, o ne rimangono privi, come di fronte

(1) Ritorneremo più oltre sull'art. 1996 cod. civ. e ne indagheremo la origine e lo scopo. Frattanto abbiamo creduto opportuno di ricordarlo, perchè ci sembra strettamente collegato con la questione trattata nel testo. È strano come gli scrittori che si sono occupati della questione stessa, dal POCHINTESTA, che è il più antico, al MELUCCI, che è il più recente, non abbiano avvertito il nesso di essa col capoverso dell'art. citato.

a coloro che posteriormente alla iscrizione dell' ipoteca acquistano un diritto reale qualsiasi sull'immobile ipotecato.

Guardando poi subbiettivamente la stessa situazione giuridica, possiamo dire che indipendentemente dal caso di più creditori, che sono sempre terzi gli uni rispetto agli altri, per terzi si devono intendere, sempre nei rapporti fra loro, quelli che acquistano diritti sulla cosa da un medesimo dante causa, diritti fra loro incompatibili nella pienezza del loro esercizio e godimento: essi sono terzi rispetto a quel rapporto giuridico pel quale trovansi in conflitto sullo stesso immobile oggetto della costituzione dei diversi diritti reali. Di questi diritti, non potendo salvarsene che uno, si ha riguardo alla materialità dei registri ipotecari e al tempo in cui sono state adempite sopra i medesimi le rispettive operazioni.

Così il principio della pubblicità si estrinseca in tutto il suo rigore, dando vita al diritto d' ipoteca e determinando, con il fatto della iscrizione, il punto di partenza della sua efficacia iniziale.

370. Il Melucci, il quale, assai più largamente degli scrittori precedenti, ha trattato questo punto, dà dei *terzi* rispetto alla iscrizione ipotecaria una nozione non pienamente conforme ai principii sopra esposti. Anzi tutto non possiamo convenire della massima che questo scrittore formula in modo troppo generico, laddove dice che fra due diritti incompatibili, non potendo salvarsene che uno, la legge fa salvo, non già il diritto *prima acquistato,* ma il diritto *prima conservato* con la pubblicità. Questo è esatto, per ciò che attiene alla trascrizione dei titoli traslativi della proprietà e degli altri diritti reali, che *si acquistano fra le parti* col contratto, e *si conservano di fronte ai terzi* con l'adempimento della formalità; ma non è esatto per ciò che riguarda il diritto reale d' ipoteca, che si acquista e si conserva con l' iscrizione.

In secondo luogo non possiamo convenire che non sia terzo, rispetto al creditore ipotecario, il creditore chirografario; sebbene

esso non abbia sull' immobile ipotecato un diritto reale, esso ha però su di esso il diritto di pegno generico spettante a tutti i creditori sui beni del debitore, e anco questo è diritto incompatibile col diritto d' ipoteca; per conseguenza se il creditore ipotecario vuol prevalere sul chirografario, non basta che abbia titolo a iscrivere l' ipoteca, ma occorre che l'abbia realmente iscritta in tempo utile, prima cioè dell' annotazione della sentenza di ordine di vendita in margine alla trascrizione del precetto immobiliare. Il Melucci pretende di argomentare il contrario dell' art. 2092 cod. civ. dove si parla di conflitto fra creditori chirografari e creditori ipotecari, senza dire che questi devono essere iscritti. Ma questa è una sottigliezza priva di valore: quando la legge dice creditore ipotecario intende riferirsi a colui che ha legalmente acquistato e conservato il suo diritto d' ipoteca con l' iscrizione, perchè l' art. 1965 cod. civ. dispone che l' ipoteca « *non ha effetto, se non è resa pubblica* ». Il creditore che ha riportato il consenso del debitore alla costituzione della ipoteca a suo favore, o che ha ottenuta una sentenza di condanna, o che si trova in uno dei cinque casi previsti dall' art. 1969 cod. civ., ha titolo per iscrivere l' ipoteca, ma non può dirsi creditore ipotecario finchè non l'abbia iscritta (1).

371. Osservammo già che la iscrizione deve farsi nell' uffizio delle ipoteche del luogo nel quale si trovano i beni gravati, facendo cenno delle circoscrizioni ipotecarie.

Qui ci limitiamo ad aggiungere che una iscrizione eseguita in un uffizio diverso da quello dove sono situati i beni, non potrebbe avere alcun effetto, perchè non raggiungerebbe lo scopo

---

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XI, n. 3. 4, il quale, dopo avere lungamente ragionato su di ciò, finisce per riconoscere che l' art. 1965 cod. civ. nel suo largo ed energico comando non si presta a distinzioni. Ed allora, perchè tentarle?

che si è proposto il legislatore col proclamare nel modo più ampio possibile il principio della pubblicità.

Se pertanto i beni sui quali è stata costituita una stessa ipoteca, sono situati in circondari diversi, o se in forza di una stessa sentenza o di una stessa disposizione di legge si vuol prendere ipoteca sopra beni situati egualmente in diverse giurisdizioni ipotecarie, si devono presentare tante separate richieste ed operare tante separate iscrizioni in ciascun uffizio.

In questo caso è dovuta una sola tassa proporzionale, che si paga a quello degli uffici ipotecari ove si opera la prima iscrizione, riportandone il certificato del pagamento fatto: ma se l'ipoteca si vuole iscrivere contemporaneamente in più d'un ufficio, si pagano tante tasse proporzionali quante sono le iscrizioni, con diritto poi di ripetere le tasse pagate, meno una, che è quella realmente dovuta per l'adempimento della formalità (1).

Devono prendersi iscrizioni separate quantunque sia ipotecato

---

(1) La materia è regolata dalla legge 13 settembre 1874: Art. 9: « Quando « per lo stesso credito e all' appoggio dello stesso titolo si dovessero prendere « più iscrizioni ipotecarie nei registri di diversi uffici, sarà dovuta una sola « tassa proporzionale per la prima iscrizione. Per ciascuna delle altre iscrizioni « sarà pagata la semplice tassa fissa, purchè sia provato il pagamento della « tassa proporzionale per la prima iscrizione. A questo scopo la parte iscri- « vente dovrà presentare all' ufficio delle ipoteche che ha esatta la tassa pro- « porzionale, oltre le due note richieste per la prima iscrizione, altrettante « note quanti sono gli uffizi in cui la iscrizione deve essere ripetuta, e sopra « ciascuna di queste l'ufficio delle ipoteche che fece la prima iscrizione trascri- « verà la stessa ricevuta data per la tassa proporzionale a norma dell'art. 15 ». Art. 10: « Qualora nell' interesse dell' iscrivente volessero essere prese contem- « poraneamente iscrizioni ipotecarie per lo stesso credito, e all' appoggio dello « stesso titolo, l' iscrivente dovrà pagare per ciascuna iscrizione la tassa dovu- « ta, salvo a ricuperarla pagando la sola tassa fissa, come è stabilito all' arti- « colo antecedente, quando abbia provato di aver soddisfatto la tassa propor- « zionale presso alcuno degli uffici nei quali fu presa la iscrizione ».

un solo tenimento e la massima parte di esso sia situata sulla giurisdizione di un solo ufficio; e il trattarsi di un immobile che ha una individualità ben determinata, e una configurazione omogenea, senza frazionamenti e senza intersecazioni di altre proprietà, non è circostanza che abbia valore di fronte alla disposizione della legge: se la iscrizione è presa soltanto nell'ufficio ove si trova la massima parte dell'immobile, questa parte soltanto sarà gravata dal diritto reale d'ipoteca; la porzione situata in un circondario diverso non sarebbe colpita dalla iscrizione (1).

372. Questo per ciò che riguarda il luogo dove l'iscrizione deve prendersi, per ciò che riguarda il tempo entro il quale la ipoteca deve essere iscritta, osserviamo che la legge non ha una disposizione speciale che lo determini. La ipoteca convenzionale può essere iscritta appena ne è consentita la costituzione nei modi voluti dalla legge; la ipoteca giudiziale, tostochè è proferita la sentenza di condanna che serve di titolo per iscriverla; la ipoteca legale, appena si è verificato il fatto che vi dà luogo, in conformità dei diversi casi contemplati nell'art. 1969 cod. civ.

Appena la parte interessata ha potuto procurarsi la copia autentica del documento che serve di titolo per la operazione, egli può presentarsi all'uffizio delle ipoteche per richiedere l'adempimento della formalità e procurarsi quella precedenza che è data dal registro generale di cui all'art. 2071 cod. civ. Anzi, dipendendo bene spesso l'acquisto di un grado utile dalla celerità della iscrizione, la legge ammette che questa possa farsi senza la esibizione del titolo, quando si tratta d'ipoteca convenzionale risultante da un atto pubblico ricevuto nel regno, o d'ipoteca giudiziale derivante

---

(1) PONT, *op. cit.*, XI, 867. La osservazione fatta nel testo si connette con quanto fu da noi osservato nel vol. I di questo trattato n. 279, pag. 499 parlando dell' ipoteca sopra una ferrovia, la quale dovrebbe essere iscritta in tutti gli uffici di conservazione il cui territorio è percorso dalla ferrovia. V. ancora LAURENT, *op. cit.*, XXXI, 1; MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XI, n. 6.

da una sentenza di un'autorità giudiziaria del regno. In tal caso si presentano al conservatore tre note invece di due, dovendo la terza nota essere trasmessa al ricevitore del registro per la percezione della relativa tassa (art. 1946 cod. civ.) e le note devono essere certificate dal notaio che ha ricevuto l'atto, o dal cancelliere dell'autorità giudiziaria che ha pronunziata la sentenza, affinchè il conservatore sia assicurato della esistenza del titolo che non gli viene esibito e della regolarità della domanda (art. 1991 cod civ.).

La legge non prescrive neppure un termine decorso il quale la iscrizione non possa altrimenti essere domandata, nè stabilisce alcuna decadenza in proposito. Il termine di giorni venti entro cui deve essere iscritta l'ipoteca legale della moglie per cura del marito o del notaio che ha ricevuto l'atto contenente le convenzioni matrimoniali (art. 1982 cod. civ.), è rimasto nella legge per un difetto di coordinamento, imperocchè secondo i vari progetti di codice l'ipoteca dotale iscritta nei venti giorni dalla data dell'atto si aveva per iscritta sotto questa data e prendeva grado dalla data stessa (1); ma non è termine perentorio, che importi decadenza; la ipoteca può essere iscritta anche dopo decorso il termine e prende grado, come ogni altra, dal momento della sua iscrizione.

Un limite alla efficace iscrizione della ipoteca per ciò che riguarda il tempo, si ha nella perdita della proprietà dell'immobile ipotecato per parte di colui contro del quale la ipoteca doveva essere iscritta. Diciamo perdita della proprietà, non perdita della facoltà di alienare e d'ipotecare, avendo già osservato che l'ipoteca può essere validamente costituita dopo la trascrizione del precetto immobiliare (2); se può essere costituita da chi si trova nella speciale situazione giuridica creata da così grave formalità, a più forte

---

(1) V. vol. I di questo trattato n. 107, pag. 191 con le sentenze ivi citate.

(2) V. vol. I di questo trattato n. 216, pag. 363.

ragione può essere iscritta contro di lui una ipoteca costituita prima che la trascrizione avesse avuto luogo (1).

La iscrizione dell'ipoteca contro il commerciante fallito è governata da norme particolari che non rientrano nel nostro studio (2).

L'appartenere poi i beni ipotecandi a una eredità giacente, o accettata col benefizio d'inventario, non è di ostacolo alla iscrizione sugli stessi beni di una ipoteca costituita precedentemente all'apertura della successione, o derivante da una sentenza di condanna proferita contro il *de cujus*. Ciò fu chiarito a suo luogo e non abbiamo da aggiungere ulteriori osservazioni (3).

373. La circostanza che il credito garantito con ipoteca è condizionale, o che è data sotto condizione la ipoteca in garanzia di un debito puro e semplice, non sarebbe di ostacolo alla immediata iscrizione per parte del creditore.

Invero l'art. 1976 cod. civ. contempla questa seconda even-

---

(1) Anche dopo annotata la sentenza di ordine di vendita in margine alla trascrizione del precetto possono iscriversi validamente ipoteche costituite precedentemente. Soltanto il creditore istante non è altrimenti tenuto a far notificare il bando di vendita coatta a creditori così tardivi (art. 668 cod. proc. civ.). Possono anche costituirsi ed iscriversi nuove ipoteche finchè il debitore escusso non ha perduto la proprietà, vale a dire fino a che non è trascritta la sentenza di aggiudicazione e non è iscritta a favore della massa la ipoteca legale di cui all'art. 2089 cod. civ. Nel I Volume di questo trattato esprimemmo la opinione che l'annotazione di cui al citato art. 668 fissi irrevocabilmente la condizione dei creditori: un più maturo esame ci convince che una così modesta disposizione, avente per oggetto la notificazione del bando, non può avere un così esorbitante effetto. La condizione dei creditori, salvo il caso eccezionale del fallimento del commerciante (art. 707 cod. di comm.), non è fissata che con la perdita della proprietà per parte del debitore contro del quale la ipoteca dovrebbe essere iscritta.

(2) È nostra costante cura limitarci alla esposizione del *Diritto civile italiano*, come richiede il titolo di quest' opera. Le modificazioni che al regime ipotecario sono arrecate al codice di commercio, non sono proprie del *Codice civile*.

(3) V. vol. I, n. 218.

tualità dallo speciale punto di vista della natura condizionale del diritto spettante al proprietario dell'immobile; ma anco se la ipoteca fosse sottoposta a condizione per altro motivo, se per esempio il debitore la consentisse per il caso che risultasse insufficiente una garanzia precedentemente data, o se dichiarasse di costituire ipoteca per sicurezza di un debito altrui, da avere effetto se risultasse inefficace la escussione contro il debitore, la iscrizione potrebbe essere presa immediatamente per acquistare un grado utile: verificandosi la condizione, la iscrizione spiegherà tutti i suoi effetti; non verificandosi, si avrà come non avvenuta; in pendenza poi della condizione, la iscrizione darà diritto a una collocazione condizionale, secondo il principio stabilito nell'art. 2091 cod. civ. (1).

Il primo caso poi ricade sotto la precisa disposizione dell'articolo 1171 cod. civ. pel quale il creditore può, prima che siasi verificata la condizione, esercitare tutti gli atti che tendono a conservare i suoi diritti. Il creditore il cui credito è condizionale, non potrebbe esercitare il suo diritto, ma può prendere iscrizione, perchè il prenderla è appunto uno di quelli atti conservativi che sono contemplati nel citato articolo (2).

Il Laurent contempla anche il caso della ipoteca concessa su beni altrui a condizione che divengano proprii; e osserva che in tal caso non si ha una ipoteca condizionale, ma una ipoteca la cui esistenza dipende dalla ratifica che il costituente emetta dopo che è divenuto proprietario dell' immobile ipotecato: conseguentemente la iscrizione presa al momento della primitiva costituzione non avrebbe valore alcuno, e dovrebbe esserne presa una nuova al momento della ratifica, la quale prenderebbe grado soltanto dal giorno in cui fosse stata eseguita. Noi che abbiamo ritenuto che nel caso

(1) Art. 2091 cod. civ.: « La collocazione dei crediti eventuali e condizio« nali non impedisce il pagamento dei creditori posteriori, sempre che questi « diano cauzione di restituire all'occorrenza le somme esatte ».

(2) LAURENT, *op. cit.*, XXXI, 16.

non si possa parlare di ratifica, perchè non si ratifica ciò che non esiste, andiamo anche più in là, e diciamo addirittura che soltanto una nuova costituzione, consentita quando il debitore è divenuto proprietario, e una nuova iscrizione presa in conseguenza, darebbero vita al diritto reale d'ipoteca (1).

SEZIONE II

PERSONE OBBLIGATE A PRENDERE ISCRIZIONE.

SOMMARIO

374. Casi nei quali la legge impone a determinate persone l'obbligo d'iscrivere alcune ipoteche legali — 375. Ipoteca legale della moglie—376. Somme dotali provenienti da successione o donazione — 377. Modificazione introdotta dalla commissione di coordinamento — 378. Ipoteca legale dei minori e degli interdetti — 379. Solidarietà delle relative obbligazioni — 380. L'avere presa iscrizione nel termine stabilito dalla legge elimina ogni responsabilità? Distinzioni da farsi in proposito — 381. Persone le quali, senza esservi obbligate, possono richiedere la iscrizione delle suddette ipoteche legali—382. Ipoteca legale dell'alienante—383. Il conservatore delle ipoteche non ha obbligo d'iscriverla quando gli oneri risultano adempiuti—384. Non ha del pari tale obbligo se il creditore la iscrive da sè stesso—385. Rinunzia all' ipoteca legale Temporanea dispensa dall'obbligo d'iscriverla — 385 *bis*. Nuove norme di legge riguardanti la ipoteca legale dello Stato — 386. Persone obbligate a iscrizione d'ipoteche dalla convenzione o dalla natura del loro ufficio.

374. Obbligo di prendere iscrizione per disposto di legge non si ha che per alcune ipoteche legali e precisamente:

a) Per l'ipoteca legale spettante alla moglie;

b) Per l'ipoteca legale spettante ai minori e agli interdetti;

c) Per l'ipoteca legale dell'alienante.

Parlando delle diverse ipoteche legali abbiamo avuto occasione

---

(1) V. Vol. I, n. 253, pag. 451, 462. Fa meraviglia che il LAURENT, di solito così esatto, sia caduto in così grave errore.

di far cenno di questi diversi casi (1) e abbiamo anco constatato il fatto che la legge non impone a determinate persone obbligo alcuno d' iscrivere le altre due ipoteche legali contemplate nell'articolo 1969 cod. civ. (2).

Brevissime osservazioni saranno per ciò bastanti ad illustrare questa parte della nostra materia, la quale non presenta speciali difficoltà.

375. L' ipoteca legale spettante alla moglie deve per cura del marito e del notaio che ha ricevuto l'atto di costituzione della dote essere iscritta nel termine di venti giorni dalla data dell'atto (articolo 1982 cod. civ.); e a tale effetto, quando l' ipoteca non sia stata ristretta a determinati beni, il notaio deve far dichiarare dal marito la situazione dei beni da lui posseduti con le indicazioni occorrenti per poterli identificare e descrivere nella iscrizione (articolo 1982 capov. 1° cod. civ.).

La legge parla in ispecie dell' atto di costituzione della dote, non delle convenzioni matrimoniali in generale, perchè la ipoteca legale è concessa soltanto per sicurezza della dote e dei lucri dotali (3); ed anco quando il contratto di matrimonio contenga costituzione di dote per parte della moglie, o di altri per essa, e promessa di un lucro dotale per parte del marito, l'obbligo d' iscrivere l' ipoteca legale sussiste unicamente se la donna non abbia rinunziato a questa garanzia (4).

La corte d' appello di Casale ebbe in questo senso a decidere

(1) V. I, n. 45, pag. 94 quanto alla ipoteca legale dell' alienante; n. 93, pag. 172, quanto alla ipoteca legale dei minori e degli interdetti; n. 107, pag. 191, quanto all' ipoteca legale della moglie.

(2) Vol. I, n. 87, pag. 162 quanto all' ipoteca del condividente; n. 133, pag. 229 e seg. quanto all' ipoteca legale dello Stato per le spese di giustizia in materia penale.

(3) V. Vol. I, n. 120, pag. 212 e seg.

(4) Che la rinunzia possa validamente essere emessa fu da noi dimostrato nel Vol. I, n. 112, pag. 197 e seg.

che il notaio, se dispensato dalle parti, non incorre in alcuna responsabilità per la omissione della iscrizione (1); ed è poi naturale che non incorra parimente in responsabilità alcuna se nel contratto di matrimonio è dichiarato che il marito non possiede beni sui quali la ipoteca legale possa essere iscritta (2).

All' infuori di questi due casi, la responsabilità delle persone obbligate a prendere l' iscrizione sarebbe indubbiamente incorsa; anco se la dote fosse di specie, e consistesse in beni immobili rimasti in proprietà della moglie, o in cartelle nominative del debito pubblico annotate di vincolo dotale, perchè la legge non distingue; soltanto il pericolo di danno per la omessa iscrizione è in questi casi remotissimo, per non dire impossibile a verificarsi; quindi la responsabilità si risolverebbe nel pagamento della multa di cui all'art. 1984 cod. civ.

Invero questo articolo, contemplando insieme il caso della omessa o ritardata iscrizione della ipoteca legale di cui al n. 4 e di quella di cui al n. 3 dell' art. 1969 cod. civ., così dispone: « Le persone obbligate a prendere l' iscrizione delle ipoteche le-« gali secondo i due articoli precedenti, se non adempiono a tale « obbligo nel termine stabilito, sono tenute al risarcimento dei « danni ed incorreranno in una multa estensibile a lire mille ».

Si argomentano dal tenore di questa disposizione due distinte conseguenze; la prima, che il risarcimento di danni e il pagamento della multa sono dovuti tanto se l' iscrizione non è stata presa, quanto se è stata presa al di là del termine di venti giorni fissato nell'art. 1982 cod. civ.; la seconda, che l' una cosa è affatto indipendente dell' altra; il risarcimento dei danni non

---

(1) Casale, 29 luglio 1893, *Sinossi giur.*, 2ª Serie, fascicolo 78, art. 1892. Nello stesso senso: Palermo, 7 dicembre 1888, *Sinossi giur.*, 2ª Serie, fasc. 27, stesso articolo.

(2) V. la decisione della corte d' appello di Palermo citata alla nota precedente.

è dovuto se non in quanto la omissione o il ritardo abbiano cagionato un danno reale ed effettivo, la cui prova incomberebbe a chi si facesse a reclamare il risarcimento stesso; ma la multa è incorsa pel solo fatto della mancata iscrizione, o del ritardo ad adempiere sì fatta formalità. Il marito e il notaio non potrebbero esimersene, dimostrando non esservi verificato danno (1); soltanto la mancanza del danno e la brevità del ritardo possono dal giudice essere valutati all'oggetto di scendere al minimo della pena pecuniaria, che è di L. 51 (2).

Il giudizio sulle multe di cui all' art. 1984 cod. civ. è devoluto al tribunale civile non al penale (3).

376. L' obbligo è imposto congiuntamente al marito e al notaio, perchè vi sia maggiore sicurezza che la iscrizione venga effettuata nel tempo debito (4); ma se si tratta di somme dotali provenienti da successione o donazione, l' obbligo della iscrizione incombe soltanto al marito (5). Invero il capoverso ultimo dell'articolo 1969 n. 4 cod. civ. dispone che riguardo a queste somme l' ipoteca non ha luogo che dal giorno dell'apertura della successione, o da quello in cui la donazione ha avuto il suo effetto, sui beni posseduti dal marito in detto giorno; da ciò si argomenta agevolmente che obbligato a prendere iscrizione in questi casi eccezionali è soltanto il marito. È ben vero che i beni pervenuti alla moglie durante il matrimonio per successione o donazione, divengono dotali nel solo caso in cui la costituzione della dote, per espressa disposizione del contratto di matrimonio, comprende i

---

(1) Napoli, 4 decembre 1871, *Legge*, XI, I, 212.

(2) Dec. citata alla nota precedente.

(3) Parma, 10 ottobre 1871, *Giur. it.*, XXIII, 2, 736; Bologna, 11 aprile 1871, *Annali di giur. it.*, V. II, 377. Ricci, *Commento*, X, 204.

(4) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 178. V. Processi verbali della commissione coordinatrice, XLI, 10.

(5) Melucci, *op. cit.*, Lez. XII, n. 2.

beni futuri (art. 1389 cod. civ.); ma non sarebbe giusto e ragionevole esigere che un notaio tenesse dietro per tutta la sua vita a tutti i contratti di matrimonio che può avere stipulato con questa clausola, e dovesse informarsi di tutti gli acquisti che durante il matrimonio possono verificarsi a favore della donna, per iscrivere l'ipoteca legale contro il marito. Al momento in cui riceve l'atto, il notaio è obbligato a prendere l'iscrizione; ma quando ha adempiuto questo suo obbligo, ha completamente esaurito il mandato affidatogli dal legislatore.

Taluno ha espresso, in modo però alquanto dubitativo, la opinione che nel caso di cui si tratta l'obbligo d'iscrivere la ipoteca legale supplementare possa incombere *per analogia* al notaio che ha rogato l'atto di donazione, ricevuto il testamento pubblico o pubblicato il testamento olografo o segreto (1); ma è ovvio avvertire che un obbligo imposto dalla legge, e reso efficace con severe sanzioni, non può argomentarsi col fallace criterio di analogia; esso non può discendere che da un preciso testo di legge, che nel caso non esiste e che non può esistere per la evidente ragione che il notaio che prende parte all'atto in virtù del quale la donna acquista beni che vanno in aumento della sua dote, non è obbligato a conoscere la circostanza, che per espressa clausola del contratto di matrimonio questi beni divengono dotali.

Noi riteniamo anzi che quando ancora il notaio che ha ricevuto l'atto di donazione, o ricevuto o pubblicato il testamento olografo o segreto, fosse quello stesso che in epoca precedente aveva ricevuto il contratto di costituzione dotale contenente la clausola riguardante i beni futuri, non gli si potrebbe addebitare colpa alcuna per non avere iscritta la ipoteca supplementare, perchè le disposizioni degli articoli 1982 e 1984 cod. civ., avendo carattere penale, non possono estendersi oltre i casi in esse espressi.

(1) Pacifici-Mazzoni, *op.* e *loc. cit.*

377. Il progetto di codice civile approvato dalla commissione senatoria stabiliva, a carico del marito, che avesse omesso o ritardato di iscrivere la ipoteca legale della moglie, oltre la multa e il risarcimento dei danni, un' altra gravissima penalità, consistente nella perdita dei lucri dotali e dei diritti di successione; ma la commissione di coordinamento fu unanime nel sopprimere una così odiosa comminatoria, che parve, com' era di fatto, addirittura esorbitante (1).

---

(1) *Processi verbali*, XLI, 10: « Venuto poi ai quesiti del signor ministro: « se non sia conveniente di lasciare o al solo marito o al solo notaio l'obbligo « della iscrizione della ipoteca legale della moglie, e se non sia poi esorbitante « la pena comminata al marito della perdita dei lucri dotali e dei diritti di « successione che la legge attribuisce ai coniugi, nel caso che non faccia « iscrivere l' ipoteca legale della moglie, la Commissione, in conformità della « deliberazione già presa in ordine all'articolo 1995 e del sistema adottato, ri- « conobbe unanime non esservi più ragione per comminare queste pene al ma- « rito che non prenda l' iscrizione, pene del resto che, secondo lo spirito del « progetto senatorio, miravano quasi esclusivamente al caso dell' ipoteca da « prendere sui beni acquistati in seguito al matrimonio, per cui conveniva « stabilire qualche efficace sanzione, onde la disposizione concernente l'obbligo « d' iscrivere l' ipoteca su quei beni non divenisse illusoria. Cessato ora tale « motivo, crede la Commissione inutili le dette pene, lasciando solo la commi- « natoria del risarcimento dei danni e delle multe quanto al marito, al tutore « ed al protutore, al notaio ed al cancelliere che non eseguano l' obbligazione « dell' iscrizione delle ipoteche legali loro respettivamente imposta dalla legge. « Stabilite in tal modo le cose, e per le ragioni già addotte dal commissario « che combatteva la soppressione degli articoli di cui si tratta, proposta dal « professore Precerutti, la maggioranza della Commissione reputa poi necessa- « rio di conservare le disposizioni di questi articoli, anche in quanto impon- « gano cumulativamente l'obbligo di far procedere all'iscrizione tanto ai mariti, « tutori e protutori quanto ai notai e cancellieri, perchè in tal modo si avrà « una sicurezza maggiore che le donne, i minori e gli interdetti avranno quelle « garanzie che la legge ha stabilite in loro favore e che deve volere efficaci; « sembrando poi che il timore manifestato nel quesito ministeriale, che essen- « dovi più persone a cui incomba lo stesso obbligo, possa avvenire che l' una

378. L' ipoteca legale spettante ai minori e agli interdetti deve essere iscritta nel termine di venti giorni dalla deliberazione del consiglio di famiglia per cura del tutore, del protutore e del cancelliere che ha assistito alla deliberazione medesima (articolo 1983 cod. civ.). Anche qui l'omissione della formalità e il ritardo nell'eseguirla sottopongono le persone obbligate a iscrivere l' ipoteca al risarcimento dei danni e alla multa estensibile a lire mille; inoltre il tutore e il protutore possono essere rimossi dalla tutela o dalla protutela (art. 1984 cod. civ.), per deliberazione del consiglio di famiglia, secondo la generale disposizione dell' articolo 271 Cod. civ.

Il legislatore estendendo l' obbligo al tutore, al protutore e al cancelliere, come al marito e al notaio nel caso precedentemente esaminato, ha voluto assicurare per quanto era possibile il pronto adempimento della formalità.

L' obbligo del risarcimento dei danni e la comminazione della multa per la omissione della iscrizione o per il ritardo nel prenderla, sono nella maggior parte dei casi sanzioni abbastanza forti per essere sicuri che l' interesse delle persone sottoposte alla tutela altrui non sarà, per questo lato almeno, manomesso o trascurato.

379. Se ciò non ostante il tutore, il protutore, il cancelliere, omettessero di prendere l' iscrizione o la prendessero dopo decorso il termine di venti giorni dalla deliberazione del consiglio di famiglia, e da ciò derivasse un danno all' individuo posto sotto tutela, sarebbero tenuti tutti quanti al pagamento della multa e sarebbero congiuntamente obbligati al risarcimento dei danni.

« riposi sulla fiducia che l'altra vi adempia, e così rimanga ineseguita l' iscri-
« zione ipotecaria, debba svanire in presenza appunto della mantenuta sanzione
« del risarcimento dei danni e della multa per le dette persone, la quale sarà
« stimolo ben sufficiente perchè ognuna di esse si affretti a fare il suo compito
« o ad informarsi se non l'abbia già eseguito l'altra ».

Ma l'obbligazione di risarcire il danno, posto che danno effettivamente siasi verificato, sarebbe solidale?

A noi pare indubitato che debba applicarsi il principio generale scritto nell' art. 1156 cod. civ. e che per conseguenza debba ritenersi la solidarietà della obbligazione: « Se il delitto o quasi « delitto è imputabile a più persone, queste sono tenute in solido « al risarcimento del danno cagionato » (1).

La omissione di una così importante formalità imposta dalla legge, o il ritardo nell' adempierla, non possono dipendere che da mala fede o da supina negligenza; nel primo caso si ha il delitto, nel secondo caso il quasi delitto. L' art. 1984 cod. civ. non è che una delle tante applicazioni dell' art. 1151 cod. civ. pel quale « qualunque fatto dell' uomo che arreca danno ad altri, obbliga « quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno ». Come si potrebbe pertanto mettere in dubbio la solidarietà passiva della obbligazione?

Pure questa modalità è stata messa in dubbio da un valente commentatore del codice civile, il quale ha creduto di trarre un argomento a favore della opinione contraria dal principio che l'obbligazione in solido non si presume, ma deve essere stipulata espressamente (art. 1188 cod. civ.). Il principio si applica alle obbligazioni nascenti da contratto, non a quelle che hanno diretta origine nelle disposizioni della legge; il capoverso dell' art. 1188, a torto trascurato dal ricordato scrittore, deroga espressamente alla regola che la solidarietà non si presume, nei casi nei quali l'obbligazione in solido ha luogo di diritto in forza della legge. Il caso che si occupa è appunto uno di questi, dato il nesso logico e giuridico che lega l'art. 1984 all' art. 1156 cod. civ. (2).

---

(1) Questa soluzione sarebbe naturalmente applicabile anco al caso contemplato più sopra della omessa o ritardata iscrizione della ipoteca legale della moglie per parte del marito e del notaio.

(2) Ricci, *Commento,* X, 204.

Noi siamo pienamente d'accordo col citato scrittore nel ritenere che quando l'obbligazione dipende dalla legge, è nella legge stessa che si devono cercare le norme per determinare la responsabilità di chi non l'adempie; ma riteniamo che nel caso non manchi la norma inducente la solidarietà, perchè è applicabile il principio generale dell' art. 1156 cod. civ.

380. Un' altra questione comune alla iscrizione delle due ipoteche legali delle quali abbiamo fin qui discorso si presenta e deve a questo punto essere risoluta.

Essa può formularsi così: Le persone obbligate a prendere iscrizione nel termine di venti giorni di cui è parola negli articoli 1982, 1983 cod. civ. sono esonerate da ogni responsabilità ove adempiano nel termine prescritto la loro obbligazione? Si supponga che fra la data della celebrazione del contratto, o della deliberazione del consiglio di famiglia, e la data della iscrizione presa nel termine di venti giorni contro il marito o contro il tutore, venga iscritta contro le stesse persone altra ipoteca, che valga a privare la ipoteca legale del grado utile che diversamente avrebbe avuto: il fatto che la ipoteca legale è stata iscritta nel termine di venti giorni, varrà ad escludere l' obbligo del risarcimento dei danni?

Per ciò che riguarda il notaio obbligato a iscrivere l'ipoteca legale della moglie e il cancelliere di pretura obbligato a iscrivere l'ipoteca legale del minore e dell'interdetto, la risposta affermativa ci sembra non possa incontrare difficoltà. Infatti il notaio e il cancelliere, dovendo iscrivere la ipoteca entro venti giorni, hanno diritto di compiere la formalità nell' ultimo giorno del termine, senza che possano considerarsi in mora o in colpa nell' adempimento della loro obbligazione; ma per ciò che riguarda il marito, il tutore e il protutore, vi sono delle ragioni di dubitare. La legge impone ad essi pure l' obbligo di prendere l' iscrizione contro sè stessi, entro il medesimo termine assegnato al cancelliere o al

notaio; ma appunto perchè devono prenderla contro sè stessi, sono obbligati ad anticipare la formalità quando il ritardarla possa avere per effetto la precedenza di un altro creditore. Si tratta di cosa che direttamente li riguarda, di circostanze che non possono ignorare. Come potrebbero esimersi dalla responsabilità dei danni quando avessero lasciato prendere iscrizione a un loro creditore in pregiudizio della ipoteca legale che erano tenuti ad iscrivere? L'avere iscritto la ipoteca legale nel termine prefisso dalla legge potrà esimerli dal pagamento della multa, ma non varrà a liberarli dall' obbligo del risarcimento dei danni, quando sia manifesta la loro mala fede, quando possa provarsi che hanno agito con meditata lentezza onde procurare il grado utile a un altro creditore in pregiudizio del credito che il legislatore volle circondato di particolare garanzia.

Un marito, si supponga, iscrive la ipoteca legale della moglie nei venti giorni dalla data dell' atto di costituzione dotale; ma nell'intervallo fra la stipulazione di quest'atto e la iscrizione, contrae un debito e consente una ipoteca convenzionale a favore del creditore, lasciando che questi si procuri anteriorità di grado; un tutore che è citato pel pagamento di un debito, precisamente nel periodo di tempo nel quale dovrebbe iscrivere l'ipoteca contro sè medesimo, non si cura d' iscriverla prima che il suo creditore ottenga sentenza di condanna contro di lui e iscriva, in virtù di questa, la ipoteca giudiziale: come si potrebbe, in questi e in altri casi consimili, escludere la responsabilità? L' avere iscritto la ipoteca legale nei venti giorni non servirebbe ad escluderla; la legge va interpretata non soltanto secondo la sua lettera, ma ancora secondo il suo spirito, e lo spirito della legge convince della responsabilità (1).

---

(1) La opinione da noi espressa nel testo contradice in parte a quella espressa dal RICCI (*Commento*, X, 204) il quale in modo assoluto ritiene che il marito ed il notaio, ove iscrivano la ipoteca nei venti giorni, non siano re-

381. La iscrizione della ipoteca legale spettante alla moglie può in ogni caso essere richiesta da chi ha costituito la dote ed anche dalla moglie senza bisogno di autorizzazione (1982 2° capoverso cod. civ.); parimente la iscrizione della ipoteca legale spettante ai minori e agli interdetti può essere richiesta dai medesimi senza bisogno di assistenza o di autorizzazione (art. 1983 capov. cod. civ.).

L'essere determinate persone obbligate per legge a curare l'adempimento delle formalità, non impedisce che le persone direttamente interessate possano richiedere l'iscrizione, tanto nel termine di venti giorni, quanto in epoca posteriore; non è di ostacolo la loro incapacità giuridica, perchè si tratta di un provvedimento conservativo che anche l'incapace può prendere senza bisogno di speciale autorizzazione o di speciale assistenza.

Siccome però raramente avviene che la moglie si valga della facoltà riconosciutale dal citato testo di legge, e più raramente ancora potrà darsi che se ne valgano il minore e l'interdetto, è ammesso che la iscrizione della ipoteca legale spettante a questi ultimi possa essere richiesta dai loro parenti qualunque sia il loro grado di parentela (art. 1983 capov. cod. civ.), ed è pure ammesso che il procuratore del re possa richiedere l'iscrizione dell'una e dell'altra (art. 1984 capov. cod. civ.). Oltre vegliare alla esecuzione delle disposizioni degli art. 1982 e 1983 cod. civ., promuovendo ove ne sia il caso l'applicazione delle pene stabilite nell'art. 1984, il procuratore del re può anche richiedere l'iscrizione delle due ipoteche legali delle quali è parola nei citati articoli.

---

sponsabili se altro creditore più sollecito abbia nel frattempo iscritta ipoteca a proprio favore. Quanto al notaio questa massima è indiscutibilmente vera; lo stesso quanto al cancelliere per il caso dell'art. 1983 cod. civ.; ma quanto al marito, al tutore e al protutore, la massima non può accogliersi senza la riserva considerata nel testo.

Occorre appena avvertire che in queste disposizioni la legge accorda una facoltà, non impone un obbligo; quindi nè il costituente la dote, nè il parente del minore dell' interdetto, nè il procuratore del re, incorrono in responsabilità alcuna se omettono di iscrivere l' ipoteca legale.

382. Il conservatore delle ipoteche nel trascrivere un atto di alienazione, deve iscrivere d'ufficio e sotto pena dei danni la ipoteca legale spettante all'alienante in forza del n. 1 dell'art. 1969 cod. civ. (art. 1985 cod. civ.). Già avvertimmo a suo luogo la importanza di questa disposizione e il nesso che la lega al noto principio sancito nell' art. 1942 capov. cod. civ. (1); qui basta considerare che il legislatore, volendo tutelato, forse più di quanto occorresse, l'interesse di chi aliena a titolo oneroso o gratuito la proprietà di un immobile, o un altro diritto capace di ipoteca, ha disposto che l'atto di alienazione non possa rendersi operativo di effetti di fronte ai terzi senza che contemporaneamente venga iscritta d'ufficio la ipoteca legale.

Strettamente collegate con l' art. 1985 Cod. civ. sono le disposizioni degli art. 2042 e 2089 Cod. civ. riguardanti la prima il giudizio di purgazione, la seconda la vendita coatta.

L' acquirente non può essere ammesso ad istituire il giudizio di purgazione, se prima non ha fatto iscrivere in favore della massa dei creditori del venditore l'ipoteca legale per garentia del pagamento del prezzo della vendita o del valore dichiarato a norma del n. 3 dell' art. 2043 Cod. civ. (art. 2042 Cod. civ.). Similmente, in caso di vendita coatta, il cancelliere del tribunale è tenuto di fare iscrivere entro dieci giorni a spese del compratore l' ipoteca legale sopra i beni venduti a favore della massa dei creditori e del debitore (art. 2089 Cod. civ.).

La sanzione del precetto legislativo è diversa nei due casi per la diversa situazione delle persone obbligate ad iscrivere; ri-

(1) V. Vol. I, n. 81, pag. 153.

guardo al compratore che vuole istituire il giudizio di purgazione, la legge si limita a dichiarare che non possa istituirlo se prima non ha iscritto l'ipoteca; non potendo istituire questo giudizio, le ragioni dei creditori restano inalterate e il compratore è abbastanza punito dal fatto di non poter liberare l'immobile acquistato dalle ipoteche che lo gravano, perchè non occorra comminare una pena diversa; riguardo al cancelliere invece, la pena è la stessa che colpisce il conservatore che ometta d'iscrivere l'ipoteca legale dell'alienante: risarcimento dei danni e multa estensibile a lire mille. Qui la omissione della formalità può cagionare un grave pregiudizio; non ai creditori ipotecari, che sono garantiti dalle loro iscrizioni, ma ai creditori chirografari e allo stesso debitore espropriato, i quali, se la ipoteca non venisse iscritta, potrebbero essere danneggiati dalle ipoteche o alienazioni consentite dal compratore. Ciò giustifica pienamente il rigore della legge e spiega lo spirito della sua disposizione.

383. Però la iscrizione dell'ipoteca legale dell'alienante non ha luogo, e il conservatore è per conseguenza dispensato dall'obbligo d'iscriverla, se viene presentato un atto pubblico, od una scrittura privata autenticata da notaio od accertata giudizialmente, da cui resulti che gli obblighi furono adempiuti (art. 1985 capov. Cod. civ.). Adempiuti gli obblighi, la necessità di assicurarne l'adempimento vien meno; lo che deve ammettersi tanto se siano stati adempiuti in forma specifica, quali resultano dall'atto di alienazione, quanto se fossero rimasti estinti per novazione; così per esempio se il compratore non avesse estinto direttamente i debiti a lui accollati, ma d'accordo col venditore avesse depositato presso il notaio rogante, o in una pubblica cassa, la somma occorrente per tale estinzione, la ipoteca non dovrebbe altrimenti essere iscritta, perchè sarebbe venuto meno lo scopo pel quale è stato imposto al conservatore l'adempimento di siffatta formalità (1).

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 180; Napoli, 2 agosto 1872, *Gazz. proc.*, VII, 593.

Atto pubblico è quello ricevuto colle richieste formalità da un notaio o da altro pubblico uffiziale autorizzato, nel luogo ove l'atto è seguito, ad attribuirgli pubblica fede (art. 1315 Cod. civ.); per esempio, trattandosi di atto posto in essere in paese estero fra cittadini italiani, l'atto ricevuto da un agente consolare; non però il decreto del prefetto, che in caso di espropriazione per utilità pubblica, dopo avere constatato essere stato fatto il deposito della indennità offerta ed accettata, o determinata dai periti, pronuncia la espropriazione in conformità dell' art. 48 della relativa legge. Qui la iscrizione della ipoteca legale non ha luogo, perchè i diritti dei creditori iscritti si esercitano sulla indennità, non sul fondo espropriato: il conservatore, che pur deve trascrivere il decreto prefettizio (art. 53 della legge), non ha obbligo di esaminarlo per vedere se gli obblighi sono soddisfatti o no; il prefetto non riceve l'atto, ma emette un provvedimento di sua competenza e non può emetterlo se non gli consti del preventivo deposito nella cassa depositi e prestiti o del pagamento diretto della indennità (1).

Scrittura privata riconosciuta da notaio, od accertata giudizialmente, è quella della cui autenticità non è dato dubitare; esigendo l'una o l'altra formalità il legislatore ha mirato al lodevole scopo di evitare che con documenti apocrifi venga sorpresa la buona fede del conservatore.

384. Il conservatore è del pari dispensato dall' obbligo di iscrivere d'ufficio la ipoteca legale, se il venditore si faccia egli a richiedere l'iscrizione e presenti le note relative; anzi in tal caso non sarebbe responsabile di quelle omissioni e di quelli errori che la invalidassero, e che fossero imputabili alla parte richiedente. Invero facendosi a richiedere la iscrizione, il venditore si è sostituito al conservatore delle ipoteche e ha dimostrato l' inten-

(1) Abbiamo dovuto citare questo caso speciale, perchè Pochintesta (*op. cit.*, I, 263) e sulla scorta di lui Pacifici-Mazzoni (*op. cit.*, I, 180), annoverano il decreto prefettizio fra gli atti pubblici di cui all' art. 1985 capov. cod. civ.

zione di esonerarlo dall' adempimento dell' obbligo che la legge gli impone; ciò posto, vien meno la sua responsabilità, imperocchè egli è tenuto ad iscrivere d'ufficio la ipoteca legale, non a verificare la regolarità dell' iscrizione richiesta direttamente dalla parte interessata.

385. Il conservatore è altresì dispensato dall'obbligo d' iscrivere l' ipoteca legale di cui si tratta, se l'alienante ha rinunziato all' ipoteca legale nell' atto stesso di alienazione o in un atto di data posteriore, ricevuto o autenticato da notaio od accertato giudizialmente. Della validità di una simile rinunzia non è lecito dubitare, perchè si tratta di una garanzia stabilita dalla legge a esclusivo vantaggio degli alienanti, si tratta di persone provvedute di piena capacità giuridica, che indubbiamente possono consentire che la ipoteca legale non abbia effetto, e che sia risparmiata la relativa spesa, la quale si risolve bene spesso in una diminuzione di prezzo in loro danno, quando hanno fiducia nell' acquirente e sono persuase della sua solventezza ed onestà.

L' alienante potrebbe del pari dispensare il conservatore dall'obbligo d' iscrivere l' ipoteca al momento in cui gli viene richiesta la trascrizione dell' atto di acquisto, senza però rinunziare a procurarsi in seguito, richiedendo egli stesso l' iscrizione, siffatta garanzia, quando nel progresso del tempo se ne manifesti il bisogno. È questo un fatto sostanzialmente diverso dall' altro; con quello si estingue l' ipoteca (art. 2029 n. 5 Cod. civ.); con questo l' ipoteca continua a sussistere, nel senso che è in facoltà del creditore di iscriverla in ogni tempo, acquistando dal momento della iscrizione un grado ipotecario che la cambiata situazione dell' acquirente, o la sua poca puntualità nel soddisfacimento delle obbligazioni assunte, possono rendere necessario.

Un alienante cauto si atterrà sempre alla semplice dispensa del conservatore dall'obbligo d' iscrivere l' ipoteca legale, più tosto che rinunziare incondizionatamente al suo diritto; le circostanze

possono cambiare, e non è mai prudente disfarsi di una garanzia, dal momento che la legge la concede.

È per ultima cosa da osservare che quando l'alienante si è limitato a dispensare il conservatore dall'obbligo d'iscrivere d'uffizio l'ipoteca legale, la ipoteca può dall'alienante essere iscritta in ogni tempo, sempre che i beni alienati siano tuttora in proprietà dell'acquirente o dei suoi eredi; il tempo trascorso, anche lunghissimo, non è di ostacolo, a meno che non siasi verificata la prescrizione trentennale (art. 2130 Cod. civ.). Una diversa decadenza non è comminata dal legislatore, nè potrebbesi nel silenzio della legge argomentare dal fatto della inazione, dal momento che si tratta di una mera facoltà.

385 *bis*. Riguardo alla ipoteca legale a favore dello Stato di cui all'art. 1969 n. 5 cod. civ. fu di recente emanata una disposizione legislativa della quale avremmo dovuto tener conto nel primo volume di questo trattato. Vogliamo alludere all'art. 10 della legge 8 agosto 1895 n. 556 « *sui proventi delle cancellerie e spese e tasse giudiziarie* ». La disposizione è del tenore seguente: « L'ipoteca a favore dello Stato sui beni dei condannati può es« sere iscritta prima della condanna, in seguito al mandato di « cattura, ovvero in seguito ad ordinanza o sentenza di rinvio « a giudizio, e giova anco alle persone danneggiate dal reato. « Il pubblico ministero, a cui cura è stata presa l'iscrizione, è « obbligato, tra dieci giorni dalla sentenza od ordinanza asso« lutoria, di qualsiasi formula, far cancellare la ipoteca senza al« cuna spesa della parte ».

La circostanza che questa disposizione, la quale modifica sostanzialmente il codice civile, parificando al mandato di cattura la sentenza e l'ordinanza di rinvio al giudizio, per ciò che attiene alla facoltà d'iscrivere questa ipoteca legale, si trova in una legge sui proventi delle cancellerie, spiega a sufficienza la omissione nella quale siamo involontariamente incorsi, perchè non ci

occorra darne ulteriore giustificazione. Infatti è veramente strano, per non dir peggio, che una disposizione del tenore di quella che stiamo esaminando sia stata introdotta in una legge che, stando al suo titolo, sembra avere un carattere puramente finanziario! Se almeno fosse stata inserita nella legge di pari data sulle tasse ipotecarie e sugli emolumenti dei conservatori (allegato A all' art. 3 della legge 8 agosto 1895 n. 486 sui provvedimenti finanziari) sarebbe stato più facile il rintracciarla!

Ma basti su ciò; vediamo senz'altro la disposizione nelle applicazioni delle quali è suscettiva.

Che l' ipoteca legale a favore dello Stato sui beni dei condannati può essere iscritta prima della condanna in seguito al mandato di cattura, che essa, una volta iscritta, giova anche alle persone danneggiate dal reato, lo dice l'art. 1969 n. 5 cod. civ. nè vi era davvero bisogno di ripeterlo in una legge che regola i proventi delle cancellerie.

La novità legislativa contenuta in questa disposizione consiste nell' ammettere che l' ipoteca possa essere iscritta in seguito ad ordinanza e sentenza di rinvio al giudizio: con ciò il legislatore ha modificato, non sappiamo con quanta opportunità, il diritto ipotecario vigente, e a noi non resta altro compito che prendere atto della modificazione.

L' articolo provvede ancora alla cancellazione della ipoteca legale in caso che l' imputato contro del quale è stata iscritta venga assoluto, sia per inesistenza di reato, sia per difetto d' indizii. L' obbligo di provvedere per la cancellazione, senza alcuna spesa della parte, è imposto al pubblico ministero, a cura del quale è stata presa l' iscrizione.

Si apprende così che l' iscrizione di questa ipoteca legale deve essere richiesta dal pubblico ministero; ma non si comprende perchè esso sia obbligato a cancellarla in caso di assoluzione, e non sia del pari obbligato ad iscriverla, verificandosi uno degli eventi

che dànno luogo alla medesima: una disposizione sostanzialmente conforme a quelle degli art. 1982, 1983 e 1985 Cod. civ., riguardanti le altre ipoteche legali, sarebbe stata degna di lode.

386. Oltre le persone obbligate per legge a iscrivere le ipoteche legali delle quali è parola nei succitati articoli 1982, 1983, 1985 Cod. civ., altre persone possono essere obbligate a iscrivere una ipoteca di qualunque specie dalla natura del loro ufficio o da vincolo contrattuale posto in essere col creditore. Ciò vale per gli amministratori del patrimonio del creditore che ha diritto all' iscrizione ipotecaria, sia esso un corpo morale o un privato individuo; vale per il curatore del fallimento, secondo la precisa disposizione dell' art. 748 Cod. di comm.; vale finalmente per ogni mandatario, che, con patto di retribuzione o senza, abbia assunto in vantaggio del creditore l' incarico di adempiere la relativa formalità.

Questi diversi casi sono disciplinati dai principii generali del diritto (1), nè occorre tenerne qui separato discorso. Basta osservare che l' inadempimento dell' obbligazione espressamente assunta, o derivante dalla natura dell' ufficio disimpegnato, esporrebbe l' obbligato al risarcimento dei danni; la multa di cui agli articoli 1984, e 1985 Cod. civ. non sarebbe applicabile, non essendo espressamente comminata dalla legge.

SEZIONE III

PERSONE CHE POSSONO RICHIEDERE LA ISCRIZIONE.

SOMMARIO

387. Anzitutto la iscrizione può essere richiesta dal creditore — 388. In secondo luogo dai suoi eredi, dal legatario del credito, dal cessionario, dal surrogato — 389. Può in terzo luogo essere richiesta dal creditore del creditore — 390. *Quid juris* del conservatore delle ipoteche — 391. Mandato espresso e tacito — 392. Responsabilità del mandatario per omissione della

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XII, n. 2.

formalità o ritardo nell'adempierla — 393. Responsabilità del notaio e del procuratore in particolare.

387. L'iscrizione può essere richiesta anzitutto dal creditore, il quale, avendo titolo per iscrivere la ipoteca, ha interesse di acquistare il diritto reale e di conservarlo (1); è anzi opportuno avvertire che questo diritto compete al creditore, quantunque egli sia minore d'età, interdetto, inabilitato o in altro qualsiasi modo incapace di contrattare e di obbligarsi. Si tratta di un atto meramente conservativo, che non può nuocere in modo alcuno a chi lo compie, e per conseguenza non è richiesta, per compierlo, una speciale capacità (2).

La disposizione già esaminata dell' ultimo capoverso degli articoli 1982, 1983 Cod. civ. per la quale l' iscrizione delle ipoteche legali di cui è parola in detti articoli può essere richiesta dalla moglie, dal minore, dall' interdetto senza bisogno di assistenza o di speciale autorizzazione, si applica per analogia manifesta alla iscrizione di qualunque ipoteca. La legge d' altronde dichiara certe persone incapaci di contrattare per proteggerle contro l'altrui cupidigia ed impedire che per inesperienza danneggino il proprio interesse (art. 1106 Cod. civ.); ma da ciò non può argomentarsi che sia impedito all' incapace di compiere quegli atti che hanno carattere meramente conservativo e non possono perciò mai ridondare in di lui danno.

(1) I codici anteriori parlavano espressamente del creditore come di persona autorizzata a presentare egli stesso e a far presentare al conservatore delle ipoteche il titolo da cui deriva la ipoteca e le due note. Cod. francese, art. 2148; Cod. napolet., art. 2042; Cod. albertino, art. 2243; Cod. parmense, art. 2193; Cod. estense, art. 2198; Regolam. pontif. art. 141, 142; Legge toscana, art. LXXII. Il Cod. civ. usa una espressione diversa dichiarando che « *per operare l' iscrizione si presentano al detto uffizio il titolo e due note*, ecc. » (art. 1987); ma questa diversità di linguaggio non arreca diversità sostanziale, nè per ciò che si riferisce alle persone autorizzate a richiedere l' iscrizione, nè per ciò che attiene al modo di richiederla.

(2) PONT, *op. cit.*, XI, 930.

388. Il diritto di richiedere l'iscrizione compete inoltre a coloro che sono sottentrati nelle ragioni del creditore prima che questi, pur avendo diritto di richiederla, avesse esercitato tale diritto.

Ciò si verifica anzi tutto in caso di morte del creditore. L'erede, come successore a titolo universale, e il legatario del credito, come successore a titolo particolare, possono richiedere la iscrizione in nome del defunto, salvo a giustificare più tardi la loro qualità all'oggetto di far eseguire la relativa annotazione; possono richiedere ancora la iscrizione in proprio nome, ma in tal caso devono giustificare immediatamente la qualità stessa, producendo la copia del testamento e l'atto di notorietà comprovante la mancanza di opposizione per parte di chicchessia. Ma poichè la iscrizione della ipoteca è provvedimento urgente di sua natura, e ogni ritardo può arrecare gravi danni, è prudente attenersi al primo sistema ed iscrivere l'ipoteca in nome del creditore originario.

Si verifica in secondo luogo in caso di cessione del credito: il cessionario può iscrivere l'ipoteca in proprio nome, quantunque la cessione non sia peranche stata notificata al debitore che non sia intervenuto all'atto di cessione per accettarla: è vero che il cessionario non ha diritto verso i terzi se non dopo aver notificato la cessione al debitore o aver riportato la di lui accettazione (art. 1539 Cod. civ.); ed è vero pure che il debitore è validamente liberato se ha pagato al cedente prima che questi o il cessionario gli abbia notificata la cessione (art. 1540 Cod. civ.); ma queste disposizioni non sono di ostacolo alla soluzione suaccennata, perchè la vendita o cessione del credito comprende gli accessorii del credito stesso, fra i quali sono da annoverarsi le ipoteche che stanno a garantirne il pagamento (art. 1541 Cod. civ.). Il cessionario per conseguenza ha diritto d'iscrivere la ipoteca che non fosse stata iscritta dal cedente, anche prima di aver notificato la

cessione al debitore, e può iscriverla tanto in proprio nome producendo l'atto di cessione, quanto in nome del cedente, riservandosi di fare eseguire più tardi la relativa annotazione (1).

Al cessionario è da equipararsi colui che paga il credito con surrogazione convenzionale o legale nei diritti del creditore (articolo 1251 Cod. civ.); fra i diritti nei quali è surrogato chi fa il pagamento sono indubbiamente da annoverarsi, non soltanto le ipoteche iscritte, ma anco quelle che il creditore aveva diritto d' iscrivere; riguardo alle prime, il surrogato ha facoltà di far eseguire l'annotazione in proprio nome; riguardo alle seconde, la facoltà di richiederne l' iscrizione, in nome proprio o in nome del creditore soddisfatto, è una conseguenza necessaria della surrogazione.

Il contrario avviene in caso di novazione del credito, la quale, producendone la estinzione, estingue di regola le ipoteche destinate a garantirlo (art. 1274 Cod. civ. (2).

389. Anco il creditore di colui che omette d' iscrivere una ipoteca alla quale avrebbe diritto, può iscriverla in di lui nome all' oggetto di esercitare sul credito per tal modo garantito le ragioni che gli competono: invero per l' art. 1234 Cod. civ. i cre-

(1) Pont, *op. cit.*, XI, 901 ove cita un' antica decisione in senso contrario (Paris 10, vent. anno XII) e una serie di giudicati posteriori in senso favorevole, non che Duranton, XX, 95; Delvincourt, III, p. 564; Zachariae, II, p. 156, nota 8; Duvergier, *Vente*, II, 204; Troplong, *Vente*, 894; Martou, 1852. È però da avvertire che la iscrizione della ipoteca non potrebbe valere come equipollente della notificazione; quindi il debitore non notificato si libererebbe pagando al cedente, quantunque il cessionario avesse iscritto ipoteca in proprio nome per sicurezza del credito ceduto.

(2) V. in questo senso Pont (*op.* e *loc. cit.*), il quale ricorda varie decisioni francesi nelle quali fu ritenuto che il creditore in vantaggio del quale fu fatta una semplice indicazione o delegazione di pagamento, in un atto al quale non ha partecipato, non potrebbe prendere iscrizione sui beni del debitore delegato finchè non avesse accettato la delegazione (art. 1273 capoverso Cod. civ.).

ditori, per il conseguimento di quanto è loro dovuto, possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona di lui. Tale non è indubbiamente il diritto d' iscrivere ipoteca; e per conseguenza il creditore di colui che avrebbe titolo per iscriverla, ma non si cura di farlo, può surrogarsi nell' esercizio di questo diritto.

Qui è evidente che la iscrizione deve essere presa in nome del creditore che ha diritto alla ipoteca, non in nome dell' iscrivente, il quale esercita un diritto altrui, non un diritto proprio: il fatto di avere curato la iscrizione, non gli attribuisce alcuna ragione di preferenza sul credito garantito, ed egli concorre per contributo con tutti gli altri creditori della stessa persona sull' ammontare del credito garantito.

Si tratta di una misura puramente conservativa, la quale non ha altro oggetto che quello di conservare il diritto reale d' ipoteca sul patrimonio del comune debitore; la preferenza non può derivare che dall' assegnazione del credito in pagamento secondo le norme stabilite nel Cod. di proc. civ. (art. 619 e seg.). Assegnato il credito, la ipoteca che vi fosse diritto d' iscrivere potrebbe essere iscritta in nome del creditore assegnatario, ma ciò in virtù dell' assegnazione, che produce trasferimento, non in virtù del nudo fatto della iniziativa assunta dal creditore che prende iscrizione e deve necessariamente prenderla in nome di colui che vi ha diritto (1).

(1) Pont, *op. cit.*, XI, 912. Il Cod. di proc. civ. francese ha un' apposita disposizione che suona così: « Tout créancier pourra prendre inscription pour « conserver les droits de son débiteur; mais le montant de la collocation du « débiteur, sera distribué, comme chose mobilière, entre tous les créanciers, « inscrits ou opposants, avant la clôture de l'ordre ». (Art. 788). Ma anco indipendentemente da disposizione sì fatta lo stesso principio si argomenta dalla disposizione generale dell'art. 1234 Cod. civ. (art. 1166 Cod. civ. francese) di cui quell' art. 788 è una applicazione.

390. Il Pont, che più di ogni altro scrittore ha minutamente esposto la nostra materia, ricorda due decisioni francesi le quali hanno annoverato il conservatore delle ipoteche fra le persone autorizzate a prendere iscrizione in nome del creditore (1); ed ha giustamente osservato che all' infuori del caso dell' art. 2108 Codice civ. francese, analogo a quello contemplato dall' art. 1985 Cod. civ. (v. sopra n. 382) il conservatore non ha obbligo nè veste per compiere un simile atto. Questo funzionario si trova, per ciò che concerne la iscrizione delle ipoteche, nella precisa situazione nella quale si trova il notaio per ciò che riguarda le convenzioni stipulate col suo ministero; si limita a farne constare su domanda delle parti, ma non ha obbligo alcuno di prendere una iniziativa che dalla legge è attribuita esclusivamente a chi vi ha diretto interesse.

Se pertanto viene presentato al conservatore un atto dal quale resulta la costituzione di un' ipoteca convenzionale, e gli viene presentato per un oggetto diverso dalla iscrizione della ipoteca stessa, per esempio per una cancellazione, o per una annotazione che sia stata consentita nell' atto medesimo, potrebbe egli compilare d' uffizio le note ed iscrivere l' ipoteca? Dato che non abbia obbligo di farlo, e su di ciò non cade dubbio, avrebbe però facoltà di prendere l' iscrizione? A noi par certo che egli non potrebbe averla, se non in virtù di un mandato espresso o tacito della parte interessata e che per conseguenza non potrebbe agire come pubblico funzionario, ma unicamente come privato, correndo il pericolo di veder disconosciuto il suo operato e di sentirsi negare il rimborso delle tasse anticipate per la operazione.

Spesse volte accade che si consente la costituzione di una ipoteca, e in pari tempo si conviene di non iscriverla finchè non si

(1) Cass. fr. 13 luglio 1841, *Journ. du Pal.*, à sa date; Agen, 4 gennaio 1854, *Journ. du Pal.*, LV, 1, 91.

verifichi una data circostanza, o non si manifesti in un dato modo il bisogno di rendere effettiva la garanzia; al conservatore che ignorando questa convenzione si facesse ad iscrivere la ipoteca, il creditore interessato potrebbe negare il rimborso della tassa pagata, costringendolo alla cancellazione della ipoteca che per gli intervenuti accordi non doveva essere iscritta, deducendo di non avergli conferito in proposito mandato alcuno. Ma se il creditore, lungi dal disconoscere il suo operato, ne profittasse, e manifestasse in qual si voglia modo il proposito di valersi della ipoteca a suo favore iscritta, non sarebbe lecito disconoscerne la validità ed il conservatore avrebbe azione per esigere il rimborso della tassa pagata in virtù del quasi contratto di gestione degli affari altrui.

391. La osservazione fatta nel precedente numero riguardo al conservatore delle ipoteche, che senza esservi menomamente obbligato prendesse iscrizione in vantaggio di un creditore che trascura di compiere una così importante formalità per quanto sia provveduto di titolo per farlo, vale per qualsiasi persona, imperocchè si tratta di un atto meramente conservativo, che se non profitta non nuoce, a compiere il quale non può essere richiesto un mandato espresso. La dottrina e la giurisprudenza sono infatti concordi nel ritenere che chiunque, qualificandosi come mandatario, o ancora come semplice incaricato, può ottenere l'iscrizione della ipoteca in nome del creditore, presentando il titolo da cui la ipoteca deriva e le note prescritte per compiere la formalità (1).

Il conservatore non potrebbe per conseguenza rifiutarsi di esaminare il titolo, di ricevere le note, di operare la iscrizione, finchè non gli fosse fornita la giustificazione di un mandato espresso:

---

(1) Pont, *op. cit.*, XI, 934; Pochintesta, *op. cit.*, I, 270; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 182; Mirabelli, *op. cit.*, pag. 70. — Firenze, 6 luglio 1877, *Annali di giur. it.*, XI, III, 209.

chi si prende l'incomodo di recarsi all'ufficio ipotecario, e di anticipare le tasse occorrenti, dimostra con ciò di essere autorizzato dal creditore; e d'altronde in una materia nella quale un ritardo, anche brevissimo, può cagionare danni irreparabili, non si possono esigere formalità imbarazzanti non richieste dalla legge.

È però indubitato che chi richiede la iscrizione di una ipoteca assume una responsabilità grave di fronte al creditore che non lo abbia autorizzato a farlo: si supponga che il creditore avesse ottenuto pagamento del suo credito, e fosse per conseguenza convenuto in giudizio dal debitore per sentire ordinare la cancellazione della ipoteca indebitamente iscritta: non solo egli avrebbe diritto di rifiutare allo zelante incaricato il rimborso della spesa incontrata, ma potrebbe agire in rilevazione contro di lui pel risarcimento del danno risentito per la indebita operazione.

392. Non meno grave è la responsabilità del terzo, che avendo l'obbligo d'iscrivere la ipoteca, sia per essere rappresentante legittimo del creditore, sia per avere accettato un mandato speciale a tale oggetto, trascura o ritarda di compiere la formalità: se la omissione o il ritardo producono danno, sia perchè il debitore aliena i beni ipotecati, e l'acquirente giunge in tempo a trascrivere il suo titolo, sia perchè un altro creditore si procura un grado che non gli sarebbe spettato, è evidente che il mandatario negligente è obbligato a risarcire il danno risentito dal creditore in virtù del principio generale scritto nell'articolo 1747 Codice civile.

Ciò vale per il genitore che omette o ritarda d'iscrivere la ipoteca spettante ai figli minori soggetti alla sua potestà, vale per il tutore che incorre nella stessa colpa per ciò che riguarda le ipoteche spettanti al minore e all'interdetto; vale per gli amministratori dei comuni, degl'istituti pubblici di beneficenza e di qualsiasi altro corpo morale; per i mandatarii generali *ad negotia*

che hanno assunto l'amministrazione degli affari altrui; vale per il notaio, che ricevendo l'atto nel quale l'ipoteca è costituita ha accettato il mandato d'iscriverla; vale pel procuratore, che incaricato di ottenere la condanna del debitore e di compiere gli atti occorrenti perchè il suo mandante ottenga pagamento del suo credito, deve provvedere alla iscrizione della ipoteca giudiziale nascente dalla sentenza.

La responsabilità sarà maggiore o minore secondo che il mandato è oneroso o gratuito, secondo che la omissione o il ritardo siano derivati da semplice negligenza o abbiano causa dolosa (art. 1746 Cod. civ.); ma non potrà essere eliminata se non escludendo in modo positivo di aver avuto e accettato il mandato, o dimostrando di non averlo potuto compiere in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito (art. 1226 Cod. civ.).

393. All'oggetto di tenere taluno responsabile delle dannose conseguenze della omessa o ritardata iscrizione di un'ipoteca, chi ne è stato danneggiato ha obbligo di provare che gli aveva conferito un mandato a tale oggetto. È un'esagerazione il ritenere che il notaio il quale ha ricevuto l'atto di costituzione della ipoteca, abbia, per ciò solo, il mandato e il conseguente obbligo di prendere la iscrizione. Se la parte che vi ha interesse non gli ha conferito specialmente questo incarico, il notaio non può ritenersi obbligato a prendere l'iscrizione; ma l'incarico può essere conferito anco tacitamente, come avverrebbe nel caso in cui fosse stata anticipata al notaio la somma occorrente per la tassa ipotecaria, o espressamente, ma senza formule sacramentali, come se la parte dicesse al pubblico ufficiale, e questi accettasse, di fare tutto quello che occorre per l'assicurazione del credito al quale si riferisce l'atto da lui ricevuto (1).

(1) In una certa epoca la Corte di Parigi cercò di far prevalere la teorica, per vero dire troppo rigorosa, che il notaio è mandatario necessario della

Lo stesso sarebbe a dirsi del procuratore. Se costui ha avuto dal cliente l'incarico di ottenere la condanna del debitore al pagamento, non è obbligato a iscrivere la ipoteca giudiziale in virtù della sentenza proferita col suo ministero; ma se invece l'incarico era di fare tutto quanto potesse occorrere per esigere il credito e assicurarne la esazione, potrà essere tenuto responsabile della omessa o ritardata iscrizione. Riguardo al procuratore la materia non presenta difficoltà, perchè nei termini del mandato conferitogli, che deve necessariamente risultare da atto scritto. si ha una norma sicura per conoscere quali precisamente erano i limiti, quale l'estensione dei poteri che gli si erano voluti conferire.

Avvertiamo per ultimo che nei due casi contemplati in questo numero si tratterebbe di mandato retribuito; e che per ciò, quando la responsabilità fosse accertata, e fosse accertato il danno, dovrebbe farsene dal magistrato più rigorosa valutazione secondo il noto principio dell'art. 1746 capov. Cod. civ. già ricordato superiormente.

SEZIONE IV

MODO DI PRENDERE L'ISCRIZIONE.

SOMMARIO

394. L'iscrizione si prende contro la persona del debitore o di colui che ha costituito l'ipoteca pel debito altrui, ma con ri-

---

parte per tutto ciò che si rannoda all'atto dà lui ricevuto (sentenza del 12 maggio 1851, 27 agosto 1852, 22 giugno 1853, 14 gennaio 1854). La confutazione di questa errata teorica può vedersi in Pont, *op. cit.*, XI, 937.

ferimento ai beni ipotecati, che devono essere descritti nella medesima in omaggio al principio della specialità.

Le ricerche si fanno per questo intorno al nome dei proprietari, non intorno alle singole proprietà; e poichè queste possono essere passate di mano in mano nel lungo periodo di tempo pel quale una iscrizione ipotecaria conserva i suoi effetti, la ricerca intorno alla libertà di un determinato immobile non può essere completa e perfetta se non si conosce esattamente la storia dei suoi passaggi, sia per atto tra' vivi, sia per successione legittima o testamentaria.

È per conseguenza perfettamente inutile presentarsi all'ufficio di conservazione per compiere una ricerca di questo genere, senza aver prima compiuto una ricerca preliminare, ma indispensabile, agli ufficii del catasto, dove si possono conoscere con precisione tutti i passaggi di proprietà verificatisi nel trentennio riguardo ai singoli beni dei quali vuolsi conoscere la situazione ; gli uffici catastali rilasciano a tale oggetto certificati così detti storici, con indicazione delle provenienze; e questi d'ordinario basta risalgano ad un trentennio, a meno che la condizione personale del possessore non renda possibile la esistenza d'ipoteche dotali, le quali, essendo esenti da rinnovazione e conservando la loro efficacia per tutta la durata del matrimonio, e per un anno successivo allo scioglimento del medesimo, possono avere anco data anteriore.

Conosciuti i nomi di tutti coloro che sono stati proprietarii degli immobili di cui si tratta nel tempo nel quale possono esistere efficaci iscrizioni, può procedersi alle ispezioni negli ufficii ipotecarii nella cui giurisdizione sono posti gl' immobili stessi; per ogni nome deve farsi una separata ispezione con l' aiuto dei registri di cui fu parlato nel titolo precedente (sopra n. 336); e volendosi i certificati, devonsi fare tante istanze quanti sono i nomi di fronte ai quali vuolsi giustificare la inesistenza d' iscrizioni, o la esistenza di determinate iscrizioni soltanto.

Tutto ciò è abbastanza complicato, e lo è anche di più per la circostanza che la semplice ispezione dei registri ipotecari non è sufficiente a dare una esatta conoscenza della situazione giuridica di un immobile; occorre una ispezione parallela e contemporanea sui registri di trascrizione, per accertare che l'immobile non sia passato con pienezza di effetti in mano terza, quantunque non voltato in catasto nel nome del nuovo proprietario, o non sia gravato di diritti reali immobiliari che possono grandemente diminuirne il valore (1).

395. La iscrizione che non sia stata presa durante la vita del debitore, o di colui che ha costituito la ipoteca per sicurezza del debito altrui, può essere presa dopo la sua morte con la semplice indicazione della sua persona, senz' obbligo di far menzione degli eredi (art. 1996 Cod. civ.). Allorquando si verifica la morte di una persona non sempre è dato conoscere chi siano i suoi eredi, quali precisamente siano i loro nomi e cognomi, quale la loro condizione, quale la loro residenza; e talvolta accade che una

(1) Dove è in vigore il sistema tavolare le iscrizioni si prendono di fronte al fondo, avendo ogni fondo un apposito foglio del libro fondiario a ciò destinato, e non contro la persona del proprietario. Con ciò la realtà del diritto d'ipoteca è applicata in modo rispondente alla realtà delle cose, perchè l'iscrizione, che ha sostanza reale, non ha forma esterna personale. come avviene nel nostro sistema ipotecario. E non solo le iscrizioni ipotecarie, ma anco i passaggi di proprietà, la costituzione di oneri reali, e ogni contrattazione interessante la proprietà immobiliare, si iscrive nel libro fondiario, e prende vita, tanto fra le parti, quanto di fronte ai terzi. soltanto in virtù di tale iscrizione. La natura di questo trattato non consente larga diffusione nè ampiezza di confronti in proposito. Ci limitiamo ad avvertire come la determinazione degli effetti giuridici del catasto, che doveva farsi in Italia entro due anni dalla promulgazione della vigente legge sulla perequazione della imposta fondiaria 1 marzo 1886, porgerebbe propizia occasione per fondare in un registro unico i libri catastali attuali e i registri ipotecari, dando al principio della pubblicità il massimo svolgimento di cui è suscettivo (V. su ciò il vol. I di questo trattato, n. 31, pag. 67 seg.

eredità sia controversa, e che all' erede apparente venga poi sostituito l' erede vero; se pertanto colui che ha titolo per iscrivere una ipoteca contro il defunto, si trovasse nella necessità di far menzione dei suoi eredi, sarebbe esposto a difficili indagini e a dannosi ritardi nell'esercizio del suo diritto, nel momento appunto in cui vi ha maggiore urgenza di esercitarlo, per la sopravvenuta mancanza della persona con la quale egli aveva contrattato o si trovava altrimenti in diretto rapporto; è questa la ragione per la quale la legge dà al creditore sì fatta facoltà; facoltà, non obbligo, perchè se il creditore conosce il nome e cognome di tutti gli eredi, e vuol prendere l' iscrizione contro di loro, non è lecito dubitare della perfetta regolarità del suo operato (1).

Ove però al tempo dell'iscrizione gl' immobili ipotecati appariscano da tre mesi nei registri censuarii passati agli eredi o ad altri aventi causa del debitore, l'iscrizione deve anche essere presa contro questi ultimi con le indicazioni stabilite nel n. 1 dell' articolo 1987 in quanto risultano dagli stessi registri censuari (articolo 1996 capov. Cod. civ.).

Invero quando i beni del defunto sono stati sui libri censuari voltati in conto degli eredi, ogni difficoltà sparisce e vien meno per conseguenza la facoltà concessa dalla legge; se pertanto fosse

(1) La legge dice che le iscrizioni sopra i beni di un defunto *possono essere fatte* con la semplice indicazione della sua persona; lo che non esclude, ma anzi espressamente ammette, che possano essere fatte con indicazione della persona dell'erede, succeduto ormai nelle obbligazioni tutte del defunto. V. su ciò POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 271; MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XII, n. 7; PACIFICI MAZZONI, *op. cit.*, I, 184. Lo stesso dice il PONT (*op. cit.*, XI, 973) in base all' art. 2149 Cod. civ. francese: è però da notare che questo scrittore restringe l' applicazione del suddetto articolo al caso in cui l' erede è puro e semplice; se fosse beneficiato, la possibilità di prendere iscrizione dopo la morte del debitore sarebbe esclusa dai termini generali nei quali è concepito l' art. 2146 Cod. civ. francese sostanzialmente diverso dal nostro art. 1971 Cod. civ. (V. su ciò il vol. I di questo trattato num. 187, pag. 315 e n. 218, pag. 372 seg.).

presa contro il defunto una iscrizione dopo decorsi tre mesi dalla eseguita voltura catastale, la iscrizione sarebbe nulla, perchè vi sarebbe quella incertezza assoluta intorno alla persona del debitore, che è, come a suo luogo vedremo, causa di nullità (1).

La espressione «*ad altri aventi causa*» contenuta nella disposizione in esame, ha dato luogo ad una difficoltà. Di aventi causa per acquisto per atto tra' vivi non può trattarsi, sia perchè l'articolo parla delle iscrizioni da prendersi sopra i beni di un defunto, sia perchè l'acquirente per atto tra' vivi si pone al coperto dalla possibilità d'iscrizioni contro l'alienante per mezzo della trascrizione, per modo che se ha trascritto il suo titolo, l'iscrizione non può altrimenti spiegare il suo effetto, se non lo ha trascritto, può esser presa validamente contro il suo autore; deve dunque trattarsi di acquirenti per causa di morte; e poichè la parola «*aventi causa*», con la determinante «*altri*», è adoperata in contrapposto alla parola «*eredi*» che la precede, è manifesto che il legislatore ha voluto alludere ai legatari dell'immobile ipotecato: ma poichè noi dimostrammo (sopra n. 368) che il legatario di un immobile, essendo dispensato dalla formalità della trascrizione, lo acquista libero dalle ipoteche che i creditori del *de cujus* avevano titolo per iscrivere contro di lui, ma che non erano state iscritte prima della sua morte, per attribuire un significato, anco in questa parte, alla disposizione dell'articolo 1996 capov. Cod. civ., è giuocoforza ritenere che il legislatore abbia voluto contemplare il caso che il legato sia stato fatto con la dichiarazione del vincolo della ipoteca imposto al legatario e formante per ciò carico a lui, unitamente al debito con esso garantito, e non all'erede (2).

(1) Art. 1998 Cod. civ. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 184. La nullità resulta dal precetto imperativo della legge: «*l'iscrizione deve anche esser presa*, ecc.».

(2) MELUCCI, *op. e loc. cit.*—V. ancora Catania, 11 gennaio 1876, *Giur. it.*, XXVIII, II, 460.

396. Per ottenere la iscrizione il creditore, o chi nel di lui interesse si reca all'ufficio di conservazione delle ipoteche a richiedere l'adempimento di tale formalità, deve in primo luogo presentare il titolo costitutivo dell'ipoteca, in secondo luogo deve pur presentare due note, una delle quali può essere stesa in calce allo stesso titolo (art. 1987 Cod. civ.).

Dell'una e dell'altra cosa è utile tenere separato discorso.

§ I.

Presentazione del titolo.

SOMMARIO

397. Titolo che deve essere presentato al conservatore — 398. Casi nei quali non occorre tale presentazione — 399. Diversità del titolo a seconda delle varie specie d'ipoteca — 400. Conseguenza della mancata esibizione del titolo e della sua irregolarità — 401. Requisiti richiesti nella scrittura privata che serve di titolo alla iscrizione — 402. Ragioni determinanti il rigore della legge in proposito — 403. Difetto dei requisiti voluti. Da chi è deducibile la nullità. Rinvio — 404. Caso speciale in cui fu ritenuta nulla una iscrizione presa in base a verbale di conciliazione.

397. Ogni ipoteca deve nel sistema seguito dal legislatore nostro resultare da un titolo che dà diritto di richiederne la iscrizione; nella ipoteca convenzionale questo titolo è l'atto stesso con il quale ne è consentita la costituzione; nella ipoteca giudiziale è la sentenza di condanna in forza della quale il creditore ha diritto d'iscriverla; nella ipoteca legale è l'atto da cui deriva questo stesso diritto in conformità delle disposizioni della legge.

Di tutto ciò fu parlato nel Vol. I di questo trattato, dove delle diverse specie d'ipoteca fu largamente discorso.

Basteranno qui, a scanso di ripetizioni inutili, brevissime considerazioni.

398. La legge dispone in modo assoluto che per operare la iscrizione si presenta all'uffizio il titolo costitutivo della ipoteca;

da ciò si argomenta agevolmente che il conservatore non ha soltanto facoltà, ma dovere imprescindibile di rifiutarsi, se il titolo non viene presentato.

In un solo caso la legge lo dispensa dalla osservanza di questo dovere, quando cioè si tratta di ipoteca derivante da un atto pubblico ricevuto nel regno o da una sentenza pronunziata da un'autorità giudiziaria del regno: in tal caso, non potendosi ottenere la copia autentica del documento fino a che non è pagata la tassa di registro, ed occorrendo un certo spazio di tempo per eseguire la registrazione, il legislatore, ad evitare ritardi che possano fornare dannosi al creditore, ha permesso che l'ipoteca possa essere iscritta senza esibire il titolo; del titolo tien luogo la certificazione delle note eseguita dal notaio che ha ricevuto l'atto, o dal cancelliere dell'autorità giudiziaria che ha pronunziata la sentenza, accompagnata dalla presentazione di una terza nota la quale, vidimata dal conservatore, viene da lui trasmessa all'uffiziale incaricato della riscossione della tassa (art. 1991, 1946 Cod. civ.).

Questo principio, accolto in vista della fede che meritano il notaio e il cancelliere (i quali incorrerebbero in una responsabilità gravissima se certificassero note ipotecarie dirette ad ottenere la iscrizione di una ipoteca indebita, o ad estenderla a beni non contemplati nell'atto costitutivo), sta a dimostrare con la eccezionalità sua che in ogni altro caso l'esibizione del titolo è considerata dal legislatore come condizione essenziale perchè la iscrizione possa operarsi (1).

---

(1) Che dire delle sentenze proferite da giudici privati, nominati arbitri con regolare compromesso? Il cancelliere della pretura dove sono state depositate e rese esecutorie a forma dell' art. 24 Cod. proc. civ. potrà certificare le note in base all' art. 1991 Cod. civ. come se si trattasse di sentenze pronunziate da un' autorità giudiziaria del regno? A noi sembra che no, perchè la disposizione è eccezionale e non può perciò estendersi oltre i casi in essa espressi. È di contrario avviso il Ricci, *Dir. civ.*, X, 209; ma la ragione dal

399. Una rapida rassegna dei diversi casi varrà a dimostrarlo.

Per iscrivere l'ipoteca legale dell'alienante è indispensabile la presentazione dell'atto di alienazione; è anzi al momento in cui quest'atto viene presentato, e ne viene richiesta la trascrizione, che sorge nel conservatore l'obbligo d'iscrivere d'ufficio la ipoteca legale, se non venga contemporaneamente giustificato nei modi di legge che gli obblighi derivanti dall'atto furono integralmente adempiuti (1); per iscrivere la ipoteca legale del coerede, socio od altro condividente, è indispensabile presentare il contratto di divisione, dal quale risulta il rifacimento o conguaglio garantito con la ipoteca stessa; per iscrivere l'ipoteca legale del minore o dell'interdetto, è del pari indispensabile che sia presentata la deliberazione del consiglio di famiglia di cui all'art. 292 Cod. civ.; per iscrivere l'ipoteca legale della moglie, per la dote e per i lucri dotali, è pure indispensabile la presentazione del contratto di matrimonio nel quale la dote è costituita, o è pattuito il lucro da garantirsi; finalmente per iscrivere l'ipoteca legale dello Stato, di cui al n. 5 dell'art. 1969 Cod. civ., è indispensabile la presentazione della sentenza di condanna o di rinvio al giudizio (2), o del mandato di cattura, quando l'iscrizione sia richiesta in base a questo per non essere ancora stata pronunziata la sentenza di condanna o di rinvio del giudicabile (3).

---

medesimo esposta, che la disposizione, derogando a prescrizioni regolamentari, ed essendo intesa a favorire non a limitare il diritto altrui, può estendersi per analogia da uno ad altro caso, non ci sembra attendibile.

(1) Osserviamo qui per incidenza che il conservatore dovrebbe rifiutarsi di trascrivere l'atto se non gli venisse anticipata la tassa occorrente per la contemporanea iscrizione della ipoteca legale.

(2) Di quest'ultima, in base alla legge citata di sopra al n. 385 *bis*.

(3) Nel volume I di questo trattato n. 133 in fine pag. 230 osservammo che il conservatore il quale di fronte al procuratore del re non avrebbe ragione di diffidare, e non avrebbe per conseguenza « *diritto* » di domandare la

Trattandosi d'ipoteca giudiziale deve essere presentata la sentenza in forza della quale si domanda la iscrizione, salvo il caso eccezionale dell' art. 1991 Cod. civ.; trattandosi d' ipoteca convenzionale, è indispensabile la presentazioue del titolo costitutivo, salva la disposizione del succitato articolo.

Trattandosi di atti seguiti in paese estero che si presentano per la iscrizione devono essere debitamente legalizzati (art. 1990 Cod. civ.) (1) e il conservatore può rifiutarsi d' iscrivere finchè l'atto non sia munito di questa formalità; si tratta della forma esterna, della quale il conservatore è giudice secondo la disposizione già da noi esaminata dell'art. 2069 capov. Cod. civ. (sopra n. 352).

esibizione del mandato di cattura, o del giudicato in forza dei quali l' iscrizione è domandata, sarebbe in « *diritto* » di esigere tale esibizione dalla parte civile e dalla difesa « *perchè al privato non è dovuta quella fede che al pubblico funzionario non può essere negata in conseguenza del suo ministero* ». Citammo in questo senso una sentenza del tribunale di Modena 10 settembre 1893 (*Riv. giur. Bol.*, 1891, 14), la quale ritenne appunto che per iscrivere la ipoteca di cui si tratta la esibizione del mandato di cattura non fosse necessaria. Un più maturo esame ci porta a conclusione diversa, sebbene nel senso stesso della decisione del tribunale di Modena possa citarsi una sentenza della Cassazione di Torino del 31 marzo 1868 (*Annali di giur. it.*, II, I, 1, 106). La sentenza di condanna e il mandato di cattura sono il titolo costitutivo dell' ipoteca: il conservatore può fidarsi del procuratore del re, può dispensarlo dalla esibizione del documento, la cui esistenza può del resto essere notoria; ma avrebbe indubbiamente diritto di esigere che il titolo gli fosse presentato, e rifiutarsi d' iscrivere l' ipoteca fino a che tale presentazione non fosse avvenuta. V. del resto sulla questione l'articolo di CASTELBOLOGNESI in *Riv. giur. Bol.*, 1891, 14.

(1) Atto seguìto in paese estero ai sensi dell' art. 1990 Cod. civ. non è soltanto l' atto ricevuto o autenticato dal notaio o da altro pubblico ufficiale all' estero, e la sentenza di autorità giudiziaria straniera; è atto seguìto in paese estero anche l' atto ricevuto in estero Stato dagli agenti consolari italiani; anco questo è per conseguenza soggetto alla formalità della legalizzazione (art. 57 e 179 legge consolare 28 gennaio 1866). Cass. Roma, 7 marzo 1876, *Giur. tor.*, XIII, 385; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 202; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 189.

400. Però la mancata esibizione del titolo non porta seco necessariamente la nullità della iscrizione, sempre che possa provarsi che il titolo esisteva al momento in cui la iscrizione fu richiesta, e che fu presa in perfetta corrispondenza col titolo stesso. In questo senso fu deciso che i terzi non hanno interesse a dedurre che il conservatore iscrisse l'ipoteca senza vedere il titolo (1); e dovrebbe per conseguenza respingersi l'ammissione di un mezzo di prova preordinato a far constare di questa irregolarità; se il titolo esisteva, e la iscrizione fu presa in conformità del medesimo, la omissione del conservatore che ha avuto fiducia nel richiedente, e si è contentato della presentazione delle note, non può avere l'esorbitante effetto di produrre la nullità della iscrizione, la quale si ha soltanto nei casi tassativamente enumerati nell'art. 1998 Cod. civ.; se poi non esisteva il titolo, o se la iscrizione fu presa su beni non contemplati nel medesimo, o per somma maggiore di quella per la quale fu consentita la ipoteca, o vi era diritto ad iscriverla, o contro persona diversa da quella del costituente, la nullità totale o parziale non deriverebbe dalla mancata esibizione del titolo stesso, ma bensì dalla mancanza del titolo, o dalla diversità fra il titolo e l'iscrizione; chi pertanto volesse dedurre la nullità, non dovrebbe

(1) Parma, 3 agosto 1880, *Riv. leg.*, V, 248.—POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 281; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 189; V. ancora PONT, *op. cit.*, XI, 940, ove cita in senso conforme molti altri autori e segnatamente un importante giudicato della Cass. francese (28 giugno 1823) col quale fu annullata una sentenza di corte d'appello che aveva ritenuta invalida una iscrizione presa con la esibizione, non già del titolo, ma di un atto d'usciere nel quale il titolo era riportato integralmente. Giustamente osserva il PONT (*loc. cit.*) che la esibizione del titolo non interessa i terzi: « En définitive, l'inscription ne conservera le « droit hypothécaire qu'à la condition que le créancier sera fondé en titre; « le titre devra donc apparaître lorsque plus tard les créanciers auront à se « partager le prix du gage hypothécaire, et, s'il n'apparait pas, l'inscription « tombera, et le créancier dont le conservateur aura accepté la parole, ou la « simple déclaration non appuyée de la production du titre, cedera le pas à « tous les créancier inscrits après lui ».

provare che il titolo non fu esibito al conservatore, ma dovrebbe provare invece che il titolo non esisteva, o che non dava diritto ad iscrivere ipoteca sui beni colpiti dalla iscrizione, o per la intera somma per la quale fu iscritta, o contro la persona in essa designata (1).

Per la stessa ragione, per la ragione cioè che le nullità non si estendono da caso a caso, e che non possono pronunciarsi quando non sono comminate da un' espressa disposizione di legge, non produrrebbe nullità della iscrizione la mancanza di legalizzazione dell' atto estero (2); indubbiamente il conservatore che iscrive una ipoteca in ordine a un atto estero sprovveduto di legalizzazione commette una irregolarità che lo espone all'applicazione della pena pecuniaria comminata dall'art. 2075 Cod. civ.; ma la nullità della iscrizione non deriva direttamente dalla mancanza di questa formalità; sempre che l'atto esista, può essere regolarizzato successivamente; e la iscrizione opera il suo effetto dal momento in cui è operata (3).

---

(1) Con ragioni che pienamente non persuadono la Corte di cassazione di Firenze ritenne che la esibizione del titolo non fosse richiesta a pena di nullità per la iscrizione delle ipoteche giudiziali, quasi lo fosse per le altre ipoteche (sentenza del 29 agosto 1889, *Annali di giur. it.*, 1889, I, 1, 324). La Corte partì da due considerazioni egualmente erronee; la prima, che le sentenze non sono fra i titoli dei quali il Cod. civ. italiano, a differenza del francese, richiede il deposito nell' ufficio ipotecario; la seconda, che nel divieto contenuto nell'art. 2069 capov. Cod. civ. sono ricordati gli articoli 1978, 1989, 1990 che riguardano gli atti notarili e le sentenze straniere, non l'art. 1991 che si riferisce alle sentenze proferite dalle autorità giudiziarie del regno. Ma è facile rispondere che non regge il primo motivo, perchè il deposito è richiesto per gli atti privati presentati in originale, mentre le sentenze sono atti eminentemente pubblici, il cui originale resta nella cancelleria dell' autorità che le ha proferite: non il secondo, perchè l' obbligo di esibire il titolo per ogni iscrizione è scritto nell'art. 1987 Cod. civ.

(2) Modena, 9 maggio 1876, *Foro it.*, II, I, 731.

(3) Può sorgere a questo proposito una grave questione che non ci azzardiamo a formulare nel testo, stante il grave dubbio a cui può dar luogo Un

401. Quando l'ipoteca deriva da atto privato non se ne può ottenere l'iscrizione se la sottoscrizione di chi l'ha acconsentita non è autenticata da notaio od accertata giudizialmente. Il richiedente deve presentare l'originale della privata scrittura coi documenti accessori, ove occorra; se l'originale si trova depositato in un pubblico archivio, o negli atti di un notaio, basta la presentazione di una copia autenticata dall'archivista o dal notaio, da cui resulti che la scrittura ha i requisiti avanti indicati. Venendo presentato l'originale della scrittura privata, deve il medesimo coi relativi documenti, se ve ne sono, rimanere depositato nell'uffizio delle ipoteche (art. 1989 Cod. civ.).

Esponendo nel Titolo I di questo trattato le norme che regolano la costituzione dell'ipoteca convenzionale, avemmo necessità di anticipare non poche osservazioni sull'art. 1989 Cod. civ. la disposizione del quale è strettamente connessa con quella dell'articolo 1978 dello stesso codice, esaminata e commentata in quella occasione (1). Fu allora avvertito, e ci limitiamo a ricordarlo, che qualunque scritto portante la sottoscrizione della parte che costituisce la ipoteca, può servire alla valida costituzione della me-

---

creditore che iscrivendo la sua ipoteca in un dato giorno, trovi anteriormente iscritta altra ipoteca in base ad atto estero non legalizzato, potrebbe tener responsabile il conservatore, dimostrando che se questo funzionario avesse osservato la disposizione dell' art. 1990 Cod. civ. e si fosse rifiutato, come era suo dovere per l'art. 2069 capov. dello stesso codice, gli sarebbe spettata l'anteriorità del grado? A noi sembra che no: si tratta della mancanza di una forma esterna, che non influisce sulla intrinseca validità dell' atto e sulla sostanza del diritto che ne deriva: l' ipoteca era costituita, vi era titolo per iscriverla, il titolo era regolare; la legalizzazione poteva farsi anche dopo: come si può parlare di responsabilità? Sola conseguenza, a parer nostro, l'applicazione della multa di cui all' art. 2075 Cod. civ. Non possiamo disconoscere che argomenti in senso contrario possono trarsi dalle espressioni imperative « *devono* » « *non possono* » contenute negli articoli 1990, 2069 capov. Cod. civ.

(1) V. vol. I di questo trattato nn. 222, 223, 227, pagg. 381, 384, 391.

desima (1); solamente è da distinguere secondo che la privata scrittura è autenticata da notaio o è mancante di questa formalità: se è autenticata, può essere presentata in originale od in copia all'uffizio ipotecario per ottenere la iscrizione; se non è autenticata, non può servire a tale oggetto se prima non è provocato l'accertamento giudiziale della sottoscrizione del costituente nella forma prescritta dal codice di procedura civile. Se poi la scrittura è autenticata, è da distinguere ancora: la scrittura è depositata in originale in pubblico archivio o negli atti di un notaio? Basta che sia presentata in copia autentica al conservatore. La scrittura è presentata in originale? Deve rimanere depositata nell'uffizio delle ipoteche. I documenti accessori, come decreti autorizzativi, mandati di procura (2) e simili (3), devono del pari essere presentati al conservatore, onde possa accertarsi della loro regolarità esterna e della loro conformità col titolo costitutivo; ed anco questi seguono la stessa sorte del titolo, sono cioè restituiti alla parte, o ritenuti in deposito dal conservatore, secondo che l'originale è de-

---

(1) Nel citato Vol. I trattammo diffusamente la questione se l'ipoteca possa essere validamente costituita per atto posto in essere dal solo costituente, e argomentammo per l'affermativa, prendendo le mosse dall'art. 1989 Cod. civ. pel quale la legge richiede l'autenticazione della sottoscrizione di chi ha acconsentito la ipoteca. Ciò dimostra all'evidenza che l'atto costitutivo può essere sottoscritto dal solo costituente, o che l'accettazione del creditore può verificarsi successivamente, imperocchè sarebbe assurdo il supporre che in uno stesso atto la sottoscrizione di una delle parti fosse autenticata da notaio e non lo fosse quella dell'altra parte (n. 233, pag. 404).

(2) Il mandato a costituire una ipoteca deve essere scritto e rivestito delle forme volute dagli art. 1978, 1989 Cod. civ. Il mandato tacito non basta, nè possono essere ammesse prove congetturali e indirette, per quanto resultanti da atto scritto. Cass. Torino, 22 marzo 1887, *Sinossi giur.*, 2ª serie, fasc. 10, pag. 119. V. su ciò il Vol. I di questo trattato n. 230, pag. 399.

(3) Melucci, *op. cit.*, Lez. XIII, n. 1, cita fra i documenti accessori da presentarsi al conservatore il posteriore atto dichiarativo del credito di cui nell'art. 1992 Cod. civ. e l'atto di cessione del credito ipotecario non iscritto dal cedente.

positato in un pubblico archivio, o negli atti di un notaio, o è presentato all' ufficio ipotecario per ottenere l'iscrizione.

La privata scrittura mancante di autenticazione ed accertata giudizialmente deve per evidente necessità essere presentata in originale e rimanere in deposito nell'uffizio delle ipoteche insieme alla sentenza contenente la verificazione, che ne costituisce un indispensabile accessorio (1).

402. La ragione per la quale il legislatore ha dettato la disposizione che stiamo esaminando vuolsi ricercare nella minore fede che meritano le scritture private in confronto degli atti pubblici. I codici anteriori, meno la legge toscana, esigevano per la costituzione della ipotèca l'atto pubblico, a pena di nullità (2); volendo abbandonare questo rigore, che parve eccessivo, ed ammettere la costituzione della ipoteca per privata scrittura, era necessario circondare la iscrizione di positive garantie, onde non fosse dato sorprendere la buona fede dei conservatori, ed iscrivere ipoteche non consentite dal legittimo proprietario dei beni gravati con le medesime: per questo furono richieste per la iscrizione le formalità indicate nell' art. 1989 Cod. civ. e fu dichiarato nel capoverso dell'art. 2069 Cod. civ. che i conservatori non possono ricevere quei titoli consistenti in private scritture che non portano l'autenticazione notarile della sottoscrizione di chi ha acconsentito l'ipoteca, o l'accertamento giudiziale della sottoscrizione stessa.

---

(1) La ragione è data egregiamente dal RICCI, *Dir. civ.*, X, 209: « Allorchè l' originale dell' atto privato trovasi depositato in un pubblico archivio, « o negli atti di un notaio, è facile ai terzi rintracciarlo e averne cognizione « per giudicare della efficacia o inefficacia della ipoteca iscritta in base al medesimo: quando invece il documento privato originale è nelle mani di un « privato, i terzi non possono prenderne cognizione; quindi ne è prescritto il « deposito nell' uffizio delle ipoteche come complemento delle forme richieste « per assicurare la pubblicità dell' ipoteca ».

(2) V. nel Vol. I di questo trattato al n. 222 la nota a pag. 385.

403. Se il difetto di autenticazione o di accertamento giudiziale della scrittura privata in virtù della quale la ipoteca è stata iscritta importi nullità della iscrizione, se questa nullità possa essere dedotta unicamente dal debitore, nel cui interesse sono principalmente richieste l' una e l' altra formalità, o anco dai terzi, sono questioni che esaminammo già parlando della forma dell'atto costitutivo dell'ipoteca convenzionale (1); rilevammo allora la divergenza insorta fra tre delle nostre corti regolatrici, quella di Torino da un lato, quelle di Napoli e di Firenze dall' altro (2), accettando lo insegnamento di queste ultime, le quali hanno ritenuto, non solo che sussista la nullità, ma ancora che possa essere dedotta da qualsiasi interessato, perchè stabilita nell' interesse generale.

Non abbiamo ulteriori osservazioni da fare su questo argomento, imperocchè il nuovo esame che abbiamo dovuto farne ci conferma nella opinione precedentemente espressa.

404. Ci limitiamo pertanto a riferire una singolare specie di fatto decisa dalla cassazione fiorentina (3). Con atto di conciliazione verbalizzato dinanzi al pretore era stata consentita una ipoteca convenzionale: si disputava se il relativo processo verbale fosse efficace a servir di base alla iscrizione, sia come atto pubblico, sia come atto privato portante sottoscrizioni accertate giudizialmente. La corte d'appello di Venezia (4) aveva deciso la controversia considerando che il detto verbale di conciliazione non poteva qualificarsi come atto pubblico, stante la incompetenza del pretore, non tanto pel valore della controversia che eccedeva le

---

(1) V. vol. I di questo trattato n. 229, pag. 395 e seg.

(2) Cass. Torino, 13 giugno 1887, *Giur. it.*, XXXIX, I, 657; Cass. Napoli, 14 aprile 1885, *Foro it.*, X, I, 403; Cass. Firenze, 5 marzo 1883, *Foro it.*, VIII, I, 402.

(3) Sentenza del 24 luglio 1890, *Foro it.*, XV, I, 1014.

(4) Sentenza del 19 aprile 1889, *Temi ven.*, 1890, 474.

lire millecinquecento, quanto per la circostanza che la controversia non era prima stata deferita alla di lui cognizione in via contenziosa. Ma ciò premesso, e riconosciuto in quel verbale il carattere di un semplice atto privato, la corte di merito lo aveva ritenuto efficace a servire di titolo per la iscrizione, in ordine all'art. 1989 Cod. civ., perchè la verità delle sottoscrizioni delle parti era stata attestata dal pretore e dal cancelliere, e tale attestazione costituiva quel tale accertamento che è richiesto dal citato articolo per la validità della iscrizione. La corte di cassazione andò in contrario avviso. Le stesse ragioni che avevano indotto la corte d'appello a negare al verbale controverso il valore di un atto pubblico, dovevano valere, secondo il supremo collegio, a fargli negare il carattere di atto privato accertato giudizialmente; l'atto era inesistente per ciò che atteneva al ministero in esso prestato dal pretore (1), il quale non poteva intervenire in via di conciliazione se non dopo di essere stato adìto in via contenziosa e dopo la intervenuta contestazione della lite fra le parti contendenti (art. 417 Cod. proc. civ.).

La decisione ci sembra sotto ogni rispetto commendevole, perchè la corte d'appello aveva applicato al verbale fatto dinanzi al pretore la disposizione dell'art. 7 del codice di procedura civile, la quale riguarda i verbali di conciliazione fatti dinanzi ai conciliatori. Se questi verbali sono esecutivi fino alla somma per la quale il conciliatore è competente a giudicare, e valgono al di là di questa somma come scritture private riconosciute in giudizio, non può dirsi certamente che i verbali fatti dinanzi al pretore, quando egli non è adìto come giudice, e non agisce nei limiti della sua competenza, abbiano lo stesso effetto.

Il verbale fatto dinanzi a conciliatore può quindi servire

(1) « *Ea quae lege fieri prohibentur, si facta fuerint, habentur pro infectis* ». (L. 5 Cod. *de legib.* I, 14).

di titolo per la iscrizione di una ipoteca; non così quello fatto dinanzi a pretore, ove questo magistrato non abbia agito nel caso speciale previsto dal citato art. 417 Cod. proc. civ. ed entro i limiti della sua competenza per valore.

§ II.

Presentazione delle note.

A

Generalità.

SOMMARIO

405. Note ipotecarie. Cenno delle indicazioni che devono contenere e della distinzione di esse in essenziali e non essenziali — 406. Natura e scopo delle note — 407. Loro importanza nei rapporti fra la parte e il conservatore — 408. Conseguenze che possono argomentarsene — 409. Non è richiesta la sottoscrizione delle note — 410. Possibilità di richiedere iscrizioni collettive.

405. Per operare l'iscrizione, oltre il titolo, si presentano all'uffizio ipotecario due note, una delle quali può essere stesa in calce allo stesso titolo (art. 1987 Cod. civ.); queste note, che devono essere redatte dal creditore, o da chi si presenta in sua vece a domandare l'adempimento della formalità, devono contenere le indicazioni necessarie per individualizzare la iscrizione ipotecaria, secondo i principii di pubblicità proclamati dal legislatore (art. 1965 Cod. civ.). La persona del debitore contro cui la iscrizione si richiede, l'ammontare del credito che si vuole iscrivere, i beni sopra i quali si vuole ottenere la garanzia ipotecaria sono le tre indicazioni essenziali; essenziale la prima, perchè con essa si attua il principio della pubblicità, essendo prescritto, come già fu più volte avvertito, che i registri ipotecarii siano tenuti con riguardo al nome del debitore, non con riguardo ai beni gravati;

sono egualmente essenziali la seconda e la terza, perchè in esse si estrinseca la specialità, voluta dal legislatore tanto per la somma garantita con la iscrizione ipotecaria, quanto per i beni colpiti con la medesima: le note devono indicare ancora la persona del creditore, il domicilio del medesimo, la data e la natura del titolo, gl'interessi o le annualità che il credito produce ed il tempo della esigibilità (art. 1987 capov. Cod. civ.); ma tutte queste condizioni non sono così essenziali da rendere necessariamente nulla la iscrizione che ne sia priva, o che contenga un qualche errore in proposito.

Riservandoci di spiegare più oltre la differenza fra le tre indicazioni essenziali sopra enunciate e le altre che non possono dirsi tali, vogliamo frattanto dimostrare questa diversità con un esempio. È presa un'iscrizione ipotecaria contro *Betti Pietro,* mentre il debitore proprietario dei beni gravati si chiama *Botti Pietro* o *Betti Paolo*; l'iscrizione è nulla, perchè i terzi ispezionando i registri per determinare se vi siano ipoteche iscritte sopra un determinato immobile spettante a *Betti Pietro,* non possono indovinare di dover tener conto delle iscrizioni prese contro *Betti Paolo* o contro *Botti Pietro,* che sembrano persone diverse; l'iscrizione è nulla, perchè il conservatore delle ipoteche richiesto del certificato contro *Betti Pietro*, a meno che non abbia personale conoscenza dell'incorso errore, non potrà includervi le ipoteche iscritte contro *Botti Pietro* o contro *Betti Paolo*; l'iscrizione è nulla, perchè stando alla materialità dei registri, che è la sola da osservarsi, i fondi di *Betti Pietro* resultano liberi, non potendo tenersi conto delle iscrizioni che resultano esistere contro *Botti Pietro* o contro *Betti Paolo,* che appariscono persone diverse. È presa invece una iscrizione a favore di *Botti Pietro* o di *Betti Paolo,* mentre in realtà il creditore è *Betti Pietro,* la iscrizione è pienamente valida, perchè ai terzi interessa di sapere se e per qual somma un dato immobile è gravato di ipoteche, non già se è gravato a favore di *Pietro* o

di *Paolo,* di *Betti* o di *Botti.* In caso di espropriazione forzata o di purgazione le notificazioni si faranno al nome errato contenuto nella iscrizione; ma se il creditore comparirà col suo vero nome nel giudizio di graduazione, e dimostrerà l'incorso errore, avrà diritto alla collocazione del suo credito. L'errore di una sola vocale nella designazione del cognome del debitore, l'errore nel nome di lui, ogni omissione, apparentemente lievissima, nell'indicazione della persona contro la quale è presa l'iscrizione, può essere fatale, perchè impedisce di conoscere la esistenza della iscrizione; eguali errori, eguali omissioni nella designazione del creditore, possono rimanere senza conseguenza, perchè resta salvo egualmente il principio della pubblicità.

406. Prima di scendere a parlare di ognuna delle indicazioni richieste dall'art. 1987 capov. Cod. civ. per la regolare compilazione delle note ipotecarie, dobbiamo trattenerci a parlare della loro natura, e del loro scopo.

La natura e lo scopo delle note resultano dal combinato disposto dell'art. 1987 Cod. civ., che richiede la loro presentazione in doppio originale, e dell'art. 1988 Cod. civ. nel quale è prescritto che il conservatore, eseguita l'iscrizione, restituisce al richiedente una delle note con in calce il certificato della effettuata iscrizione.

Chi opera l'iscrizione non è dunque il conservatore, è il richiedente; il conservatore non fa che riportare nel registro delle formalità ipotecarie il contenuto di una delle due note, restituendo l'altra al richiedente col certificato della fatta operazione: la parte ha nella nota che le viene restituita la prova che l'operazione è stata eseguita; il conservatore ha nella nota che ritiene il modo di dimostrare di averla eseguita in conformità della richiesta che gli è stata presentata; se la iscrizione resulta poi errata o difettosa, se sono omessi dei beni che dovevano esservi compresi, o sono compresi dei beni che dovevano essere

esclusi, è facile determinare, confrontando la nota con la iscrizione, se la colpa è del conservatore o della parte richiedente. Il conservatore che ha trascritto fedelmente nel registro particolare quella delle due note che ha poi ritenuto, è esonerato da qualsiasi responsabilità per gli errori o per le omissioni che possono riscontrarvisi; sia pure esatta la nota restituita, sia pure esatto il titolo costitutivo, presentato in copia o depositato in originale, perchè il conservatore non è tenuto a collazionare i documenti che gli vengono presentati per eseguire l'iscrizione, ma è tenuto soltanto a trascrivere fedelmente nel registro una delle due note, che è nel diritto di presumere identica all'altra, e conforme al titolo, dal momento che la presentazione del titolo e la compilazione e presentazione delle note sono poste dalla legge a carico della parte richiedente.

Il possesso poi della nota restituita dal conservatore, col certificato della effettuata iscrizione, non gioverebbe al creditore per far valere l'azione ipotecaria se la iscrizione non figurasse realmente nel registro particolare, o fosse in questo erroneamente o incompletamente riprodotta; ma gli darebbe diritto di agire contro il conservatore e di esigere da lui il risarcimento dei danni, per avere omesso d'iscrivere l'ipoteca e certificato, ciò non ostante, di averla iscritta, o per non averla iscritta in conformità della nota che gli era stata presentata a tale oggetto.

La doppia nota ha dunque una funzione di reciproca garanzia fra la parte richiedente e il conservatore: garanzia della parte verso il funzionario, della operazione eseguita; garanzia del funzionario verso la parte, di averla eseguita in conformità della richiesta (1).

---

(1) PONT, *op. cit.*, XI, 947; LAURENT, *op. cit.*, XXX, 34; POCHINTESTA, *op. cit.*, I, 284; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 190; MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XIII, n. 3; RICCI, *Dir. civ.*, X, 209.

407. Da ciò si argomenta che le note hanno importanza grandissima nei rapporti del conservatore verso la parte e della parte verso il conservatore, ma non ne hanno alcuna di fronte ai terzi. Di fronte ai terzi ha effetto soltanto il registro particolare delle iscrizioni; l'ipoteca vale contro di essi in quanto è iscritta nel registro, e nel modo in cui vi è iscritta; se poi, stando al contenuto delle note, doveva essere iscritta e non lo fu, doveva essere iscritta in un modo e fu iscritta in un altro, le questioni che possono sorgere riguardano la parte ed il conservatore; i terzi rimangono estranei alle medesime, perchè per essi la pubblicità della ipoteca si esplica unicamente coi registri ipotecari, e la specialità trova in questi registri soltanto le indicazioni essenziali che la costituiscono.

Nel nostro sistema ipotecario può citarsi soltanto un caso nel quale, in via affatto eccezionale, è stata accordata efficacia alle note ipotecarie restituite alle parti richiedenti anco di fronte ai terzi; è il caso già ricordato della ricostituzione dell' uffizio ipotecario di Potenza, distrutto dalle fiamme di un incendio; fu detto allora che per riprodurre le iscrizioni state eseguite in quell' ufficio dovessero presentarsi i duplicati delle note restituiti alle parti, che divenivano per tal modo originali (1); ma la eccezionalità del caso conferma la regola sopra enunciata, che le note ipotecarie non riguardano i terzi, ma riguardano unicamente i rapporti di coloro che richiedono la iscrizione col funzionario che dalla legge è chiamato ad effettuarla.

408. Posta siffatta regola, è giuocoforza trarre la conseguenza, avvertita del resto da tutti gli scrittori, che il conservatore il quale ha diritto di rifiutare l'iscrizione se non gli vengono presentate le note, perchè la legge ha voluto concedergli siffatta garanzia e facilitare il suo compito, può, ove gli piaccia, rinunziare

(1) Legge 28 giugno 1885 n. 3196, serie 3ª, art. 1.

a questo diritto e fare a meno di questa garanzia; se si contenta dalla presentazione del titolo costitutivo, se avuto il titolo, si prende cura di compilare egli stesso la iscrizione, o di farla compilare da altri sotto la sua responsabilità, riportandola nell'uno e nell'altro caso nel registro particolare, a niuno è lecito di muovere lamento o di contestare la perfetta validità della operazione; la ipoteca ha effetto e prende grado dal momento che è iscritta, senza che sia dato ricercare il modo nel quale l'iscrizione è stata operata; basta che vi sia un titolo per iscriverla, e che sia iscritta in conformità del titolo stesso, perchè produca i suoi effetti di fronte a chicchessia.

Parimente, iscritta l'ipoteca nel registro, questa ha il suo pieno effetto quantunque non sia stata compilata la doppia nota, e non sia avvenuta perciò la restituzione di cui all'art. 1988 Cod. civile. Dal momento che tale restituzione è un diritto della parte richiedente, una garanzia che il legislatore ha voluto concederle, essa può rinunziarvi senza che niuno possa insorgere a contestare per questo la validità della iscrizione.

In questo caso, come nel precedente, non è in giuoco alcun interesse generale; è in giuoco soltanto il privato interesse della parte e del conservatore, e i terzi non possono prevalersi del fatto che le note non furono presentate nel modo voluto dalla legge (1).

(1) PONT, *op. cit.*, XI, 951-954; MARTOU, *op. cit.*, 1065; LAURENT, *op. cit.*, XXXI, 37. Concordano gli scrittori italiani citati alla nota precedente. Bene, fra questi, il PACIFICI-MAZZONI (*op. cit.*, I, 190) esprime il concetto del legislatore: « Le note servono di mezzo per prendere l'iscrizione, ma non fanno « parte di questa e conseguentemente non hanno effetto alcuno su di essa. « Regolari, non sanano la irregolarità dell'iscrizione. Irregolari, non pregiu« dicano alla regolarità dell'iscrizione. L'iscrizione è una formalità a sè, e « deve perciò avere, ma pur basta che abbia in sè stessa, le condizioni della « sua efficacia ». Può domandarsi come può essere regolare la iscrizione se è irregolare la nota, mentre l'iscrizione è la riproduzione della nota sul re-

409. Le note devono portare la sottoscrizione del creditore, o almeno quella della persona che si presenta nel di lui interesse all'ufficio ipotecario per richiedere l'iscrizione della ipoteca? Sulla questione, non trattata, a quanto ci resulta, dagli scrittori taliani, si ha una sentenza di corte suprema che esclude la necessità della sottoscrizione (1). La decisione osservò che prescrivendo la legge doversi esibire il titolo costitutivo con le due note, senza disporre in pari tempo che queste debbano essere sottoscritte, non si può esigere una formalità che la legge espressamente non ha ordinato; osservò ancora, che potendo il richiedente essere una persona qualsiasi, la formalità della sottoscrizione, destinata a identificare la persona che si presenta a richiedere la iscrizione, non avrebbe oggetto alcuno. Ma queste osservazioni sembrano a noi tutt'altro che esaurienti. La nota ipotecaria è indubbiamente un documento destinato a far prova, in caso di contestazione, fra la parte richiedente e il conservatore; è con la nota rimasta in sua mano che il pubblico funzionario si giustifica quando l'iscrizione resulti irregolare o manchevole, dimostrando di averla operata in conformità della richiesta fattagli; è

---

gistro particolare a ciò destinato. Non sarà inutile uno schiarimento in proposito. Il conservatore è tenuto a riprodurre sul registro una delle due note (MIRABELLI, *op. cit.*, pag. 74), ed è esonerato da ogni responsabilità quando l'ha riprodotta esattamente, non ostante che contenga errori ed omissioni tali da rendere nulla o inefficace la compiuta formalità; ma se si accorge di questi errori, o di queste omissioni, se rileva, per esempio, essere errato il nome del debitore, od essere omessi, nella nota, alcuni dei beni che resultano compresi nel titolo costitutivo, se comprende che è erroneamente indicato il Comune nel quale si dicono situati i beni ipotecati, se introduce nella iscrizione le correzioni occorrenti, rende, senza esservi obbligato, un servizio alla parte richiedente, e fa cosa sotto ogni rispetto commendevole contro la quale non è dato ai terzi d'insorgere in modo alcuno. Si avrà allora iscrizione regolare, non ostante la irregolarità della nota, come ha previsto il ricordato scrittore.

(1) Cass. Napoli, 7 decembre 1888, *Gazz. proc.*, XXII, 484.

con la nota restituitale che la parte richiedente giustifica di aver fatto quanto da lei dipendeva per ottenere la iscrizione, non all'oggetto di farne constare quando questa non esista sui registri, ma all'oggetto di ottenere il risarcimento dei danni dal conservatore che abbia omesso di eseguirla. Ciò posto, se il conservatore è garentito, di fronte alla parte, dall' annotazione da lui scritta in calce alla nota restituita, annotazione che porta il bollo d' ufficio e la sua sottoscrizione, niuna garanzia spetterebbe alla parte contro il conservatore, il quale potrebbe sostituire alla nota rimasta in sua mano, e non conforme alla iscrizione operata sui registri, una nota diversa, sulla quale fossero ripetuti gli stessi errori e le stesse omissioni che esistono nella iscrizione. Il silenzio della legge non ha valore alcuno per escludere la necessità della sottoscrizione, imperocchè la note, essendo documenti destinati a far prova della richiesta e del preciso modo in cui vien fatta, devono essere sottoscritte da chi, presentandole, ne assume la responsabilità di fronte al conservatore e di fronte allo stesso creditore nel cui nome agisce.

Certamente la mancanza di sottoscrizione delle note non porta nullità della iscrizione, in primo luogo perchè la essenza della ipoteca consista nel titolo, non nelle note che si presentano per ottenerla; in secondo luogo perchè non può aversi nullità senza una disposizione di legge che espressamente la dichiari; in terzo ed ultimo luogo perchè, trattandosi di un rapporto di garenzia reciproca fra la parte richiedente e il conservatore, è lecito rinunziare alla garenzia stessa, che non riguarda menomamente l'interesse dei terzi. Ma noi crediamo che il conservatore possa esigere la sottoscrizione, e possa per conseguenza rifiutarsi di operare la iscrizione se le note non sono sottoscritte, onde evitare che venga di poi contestata la identità della nota rimasta in sua mano, quando sorga controversia sulla regolarità della iscrizione eseguita in base alla medesima.

Non possiamo trascurare l'argomento contrario che potrebbe trarsi dal fatto che nel diritto ipotecario francese la necessità della sottoscrizione è generalmente negata dalla giurisprudenza e dalla dottrina (1), e che negli studi di riforma che fecero capo al progetto Vatimesnil erasi appunto proposto d'introdurre nel codice un' aggiunta per esigere che le note fossero sottoscritte (2); ma l' argomento non ci sembra decisivo, perchè il silenzio della legge non ha, a parer nostro, il valore che gli si è voluto attribuire (3); lo scopo delle note, chiarito dalle osservazioni fatte di sopra, rende manifesta la necessità della sottoscrizione. Se il creditore non si presenta personalmente, basterà la sottoscrizione dell' esibitore, o quella del redattore delle note, che è generalmente il notaro che ha ricevuto l'atto, quando si vuole iscrivere una ipoteca convenzionale, o il procuratore che ha provocato la sentenza di condanna, quando si tratta della iscrizione di una ipo-

(1) TARRIBLE, Rep. V. Inscript. hyp., § 15, n. 13 in fine; PONT, *op. cit.*, XI, 947; LAURENT, *op. cit.*, XXXI, 35; Liége, 3 maggio 1871. *Pasicrisie*, 1871, II, 283. In senso contrario MARTOU, *op. cit.*, 1062 bis; BAUDOT, *Traité des formalités hypoth.*, 321.

(2) Art. 2152 del testo preparato per la terza deliberazione (1851).

(3) Il PONT (*loc. cit.*) non disconosce che la pratica esige la sottoscrizione; ed il LAURENT, pure attribuendo importanza esclusiva al silenzio della legge, non trascura di notare l' inconveniente che può derivare dal difetto di sottoscrizione: *op. cit.*, 35: « Les bordereaux doivent-ils être signés par le créancier? Il y a d' eccellentes raisons pour exiger la signature: le bordereau est « destiné à servir de preuve, c' est donc un acte et il n' y a pas d' acte sans « signature. D' ordinaire le bordereau n' est pas écrit par le créancier, il est « rédigé par un notaire ou un agent d' affaires: qu' est ce qui garantit, dans « ce cas, que le bordereau produit par le conservateur soit le même que celui « qui lui a été remis par le créancier? Mais, quelques bonnes que soient ces « raisons, elles ne peuvent pas prévaloir sur le silence de la loi: l' interprète « ne peut rien ajouter à la loi, puisque ce serait exiger une formalité que la « loi ne prescrit point ». Esigere la sottoscrizione non è aggiungere alla legge: la nota *è un atto*, ha detto il LAURENT; e non può esistere un atto senza sottoscrizione.

teca giudiziale; nel caso poi d' iscrizione di una ipoteca legale, è la persona obbligata ad iscriverla che ha interesse di sottoscrivere le note per fare constare dell'adempimento della obbligazione impostale dalla legge.

410. Se più creditori iscrivono in forza di uno stesso titolo ipoteca contro lo stesso debitore e sopra gli stessi beni, può compilarsi in doppio originale una nota collettiva, e può per conseguenza prendersi una iscrizione egualmente collettiva sul registro delle formalità.

La questione, non discussa dagli scrittori italiani, è stata oggetto di ampio dibattito per parte degli scrittori francesi e segnatamente del Pont, che cita un caso pratico nel quale un piccolo proprietario, avendo dovuto ricorrere a nove sovventori diversi per ottenere un mutuo di 4000 franchi, e avendolo ottenuto con un unico contratto, sarebbe stato enormemente leso nel suo interesse, se si fossero dovute prendere tante iscrizioni separate quanti erano i creditori (1). La corte di cassazione francese ha ammesso la collettività delle note ipotecarie (2), e per quanto gli argomenti da essa addotti sembrino poco convincenti al Laurent (3), noi riteniamo che la soluzione più benigna sia meritevole di accoglienza.

Il legislatore dispone che una delle due note può essere stesa in calce allo stesso titolo: ma se da uno stesso titolo resulta la costituzione della ipoteca a favore di più creditori, o ancora la costituzione, a favore di più creditori, d'ipoteche diverse

---

(1) Pont, *op. cit.*, XI, 951-953. Nel caso la questione era complicata dal fatto che i nove creditori, oltre avere stipulato una ipoteca nuova in loro favore, erano stati surrogati nella ipoteca legale della moglie; per cui, non ammettendosi la nota collettiva, come non fu ammessa dal conservatore, furono necessarie trentasei note ipotecarie in luogo di quattro.

(2) Cass. fr. 17 decembre 1845, *Dalloz Per.*, 1846, I, 42.

(3) Laurent, *op. cit.*, XXXI, 36.

per parte dello stesso debitore e sopra gli stessi beni, come si potrebbero stendere in calce al titolo tante note quante sono i creditori? L'argomento è senza replica. Il conservatore dovrà contentarsi di una nota collettiva e riportare sul registro una unica iscrizione, richiamandola nel repertorio creditori e nella rubrica alfabetica quante volte sia necessario: è quello che si pratica comunemente nel caso inverso, quando più debitori costituiscono ipoteca a favore di un creditore unico; questi presenta una sola nota, in base alla quale si iscrive una sola ipoteca che è poi annotata separatamente di fronte a tutti nei registri sussidiari prescritti dal regolamento.

Un autorevole commentatore della legge sulle tasse ipotecarie 13 settembre 1874 (1) è di contrario avviso; ma forse egli confonde la questione della nota collettiva con la questione ben diversa del pagamento della tassa; se la nota riguarda più creditori, ognuno dei quali richiede l'iscrizione di un proprio credito, distinto e separato da quello degli altri, sono indubbiamente dovute tante tasse proporzionali sull'ammontare dei crediti iscritti, quanti sono questi crediti, o è dovuta, che fa lo stesso, una tassa proporzionale unica sull'ammontare complessivo dei crediti iscritti, repartibile su ciascun credito in ragione della sua entità; ma ciò non esclude la possibilità di presentare una nota collettiva e di prendere una iscrizione collettiva, come è stato dichiarato superiormente.

---

(1) CLEMENTINI, nella *Raccolta delle leggi speciali* fondata da PACIFICI-MAZZONI, 3ª serie, vol. X, p. 3ª, n. 14, p. 80.

B

Requisiti delle note.

SOMMARIO

411. Questi sono enunciati nel capoverso dell' articolo 1987 Cod. civ. che è utile trascrivere nella sua integrità.

« Queste note devono contenere:

« 1.° Il nome, il cognome, il domicilio o la residenza del « creditore e del debitore, e la loro professione se ne hanno, come « pure il nome del padre loro;

« 2.° Il domicilio che sarà eletto per parte del creditore « nella giurisdizione del tribunale da cui dipende l' uffizio delle « ipoteche;

« 3.° La data e la natura del titolo, ed il nome del pub- « blico ufficiale che lo ha ricevuto o autenticato;

« 4.° L'importare della somma dovuta;

« 5.° Gl'interessi o le annualità che il credito produce;

« 6.° Il tempo della esigibilità;

« 7.° La natura e la situazione dei beni gravati colle indi- « cazioni volute dall'art. 1979 ».

Osservammo già (sopra al n. 405) che tre di questi requisiti, cioè la indicazione del debitore, quella dell'importare della somma dovuta, l' altra riguardante i beni gravati, sono i più importanti ed essenziali, perchè in essi si estrinsecano la pubblicità e la specialità della ipoteca: ne parleremo per ciò immediatamente, per passare poi agli altri requisiti che non hanno eguale importanza e che devono essere regolati con norme meno rigorose di quelle che governano i primi.

A

Requisiti essenziali.

SOMMARIO

412. Fra i requisiti essenziali delle note il primo posto appartiene alla indicazione del debitore, la quale è sostanzialissima e può dirsi la chiave del sistema di pubblicità adottato dal legislatore, perchè la iscrizione si prende contro la persona, non contro i beni, ed è contro la persona che si compiono le ricerche e si rilasciano i certificati di libertà dei fondi. Per questo la legge richiede che il debitore sia designato col suo nome, col suo domicilio o con la sua residenza, con la sua professione se ne ha una, come pure col nome del padre suo.

Però l'espressione debitore non è giuridicamente esatta e non risponde sempre al concetto e alla definizione che dalla ipoteca è data nell'art. 1964 Cod. civ. Infatti, potendo la ipoteca essere data convenzionalmente, tanto per sicurezza di un debito proprio, quanto per garantire un debito altrui, la espressione debi-

tore, appropriata alla iscrizione delle ipoteche legali e giudiziali, le quali non possono per la stessa natura delle cose essere operate se non contro colui che figura come debitore nel rapporto di credito garantito, è impropriamente adoperata per ciò che riguarda la iscrizione della ipoteca convenzionale; riguardo a questa bisognava adoperare la espressione costituente, datore d' ipoteca od altra simile. Infatti se la ipoteca non è data dal debitore, ma da un terzo, la indicazione del debitore, sempre necessaria per la identificazione del debito garantito, passa in seconda linea, e si rende sostanziale, per gli effetti della pubblicità, la indicazione del possessore dei beni gravati.

Vi è a questo proposito una lacuna nella disposizione della legge, ma supplisce la pratica, la quale nel caso che il debitore e il proprietario dei beni colpiti dalla ipoteca non siano la stessa persona, usa designare l'uno e l'altro con le indicazioni richieste pel primo di essi soltanto. Questa designazione è indispensabile per evitare la nullità della iscrizione, la quale per l' art. 1998 Cod. civ., si avrebbe tanto nel caso di assoluta incertezza sulla persona del debitore, quanto nel caso che una incertezza di eguale gravità si avesse nella persona del possessore del fondo gravato. È vero che questo articolo, parlando di nullità derivante da incertezza assoluta nella persona del possessore del fondo gravato, aggiunge la clausola restrittiva « quando ne è necessaria la indicazione »; con la quale parrebbe riferirsi unicamente al caso della iscrizione originariamente presa (art. 1996 capov. cod. civ.) o rinnovata (art. 2006 cod. civ.) contro colui che ha cessato di essere proprietario; ma è vero del pari che dato il sistema di pubblicità, basato interamente sulla indicazione della persona contro la quale e sui beni della quale si opera l' iscrizione, la necessità della indicazione del possessore dei beni gravati si verifica ogni qual volta questo possessore è persona diversa dal debitore, sia perchè l' ipoteca è data originariamente per sicurezza

della obbligazione altrui, sia perchè il debitore originario ha cessato di essere proprietario dei beni ipotecati, senza che nell'acquirente, successore a titolo particolare, siasi trasferita la obbligazione personale.

Ciò dimostra che sarebbe stata desiderabile una maggiore esattezza nel linguaggio adoperato dal legislatore (1).

413. Se il debitore è defunto, la iscrizione si può prendere con la semplice indicazione della sua persona, senza obbligo di far menzione degli eredi; ma se però al tempo della iscrizione

(1) Più esatto è il codice francese, il quale parla, è vero, del debitore come il Cod. civ. italiano, ma aggiunge che la indicazione del medesimo deve essere data in modo da far riconoscere e distinguere in ogni caso *« la persona gravata d' ipoteca »*. Art. 2148 n.° 2: « Les nom, prénom, domicile du débiteur, sa profession s' il en a une connue, ou une designation individuelle et spéciale, telle, que le conservateur puisse reconnaître et distinguer dans tous les cas l' individu grevé d' hypothèque ». A parte l' erroneo concetto che la conoscenza della persona interessi al conservatore, mentre interessa esclusivamente ai terzi, la espressione del citato articolo è assai migliore e più conforme alle esigenze della pubblicità di quella contenuta nel n. 1 dell'art. 1987 Cod. civ. Più che inutile o superfluo, è addirittura improprio esigere il nome, cognome, la professione, la paternità, mentre la iscrizione può essere richiesta contro una ditta o contro una società; ed è poi per lo meno atto a generare confusione l' avere l' apparenza di esigere tutte quelle indicazioni in un articolo, per dichiarare poi nel successivo articolo 1998 che la omissione o la inesattezza di alcuna delle volute indicazioni non produce nullità fuorchè nel caso in cui induca assoluta incertezza sulla persona del debitore o del possessore dei beni gravati. Valeva meglio esigere con formula generica *« una precisa designazione del possessore dei beni gravati »* lasciando al magistrato la cura di decidere, caso per caso, se tale possa dirsi quella adoperata nella iscrizione intorno alla quale sorga contestazione. Disponevano come il Cod. francese il Cod. napoletano art. 2042 n.° 2, il Cod. parmense art. 2193, il Cod. estense art. 2198. Il regolam. pontificio, art. 142, la legge toscana, art.° LXXXII, e il Codice albertino art. 2243, adottarono il sistema di richiedere la indicazione del nome, cognome, domicilio del debitore, sistema che fu poi seguito, senza avvertirne la poca precisione scientifica, dal legislatore italiano.

gl'immobili ipotecati appariscono da tre mesi sui registri censuari passati agli eredi, l'iscrizione deve essere presa anche contro questi ultimi, con quelle delle indicazioni volute dal n. 1 dell'art. 1987 cod. civ. che resultano dagli stessi registri (art. 1996 cod. civ.).

Abbiamo parlato abbastanza di questa disposizione e non sentiamo il bisogno d' illustrarla nuovamente (sopra n. 368); ci limitiamo ad osservare che trattandosi di designare gli eredi la legge è meno esigente di quello che non lo sia per ciò che attiene alla designazione del debitore originario, perchè il creditore che ha contrattato con il debitore, non con i suoi eredi, non è obbligato a conoscere tutte le particolarità che si riferiscono alla identificazione della persona di questi ultimi; prende dai registri censuari le indicazioni che vi trova riportate e ha con ciò ottemperato al disposto della legge.

L' art. 1996 cod. civ. parla ancora di aventi causa del debitore defunto, contro dei quali la iscrizione deve essere presa se i beni gravati resultano voltati da tre mesi sui registri censuari: osservammo già che con ciò il legislatore non può avere inteso di alludere al legatario dei beni gravati, che non essendo tenuto personalmente al pagamento del debito, non può reputarsi tenuto ipotecariamente, se al momento dell' apertura della successione l'ipoteca non era resa pubblica mediante la iscrizione (1); al che è da aggiungere che il legislatore non può riferirsi con la espressione « *aventi causa* » all'acquirente per atto tra i vivi, il quale, trascrivendo il suo titolo, rende impossibile, o per lo meno inutile, la iscrizione di una ipoteca che non sia stata operata precedentemente; potrà iscriversi contro il debitore originario; potrà

(1) Constatiamo con soddisfazione vivissima che anco l' illustre MIRABELLI (*op. cit.*, pag. 81) dichiara che dopo molta esitazione ha accolta la opinione che il creditore ipotecario, il quale non abbia iscritta l'ipoteca durante la vita del debitore, non possa utilmente iscriverla a danno del legatario, purchè non si tratti di rendita fondiaria (V. sopra n. 368).

iscriversi anche contro di lui, perchè il conservatore non potrebbe farsi giudice della questione, nè rifiutarsi all'adempimento della formalità; ma si ingombrerebbero i registri inutilmente, perchè l'iscrizione non avrebbe effetto contro il debitore che ha cessato di essere proprietario dei beni gravati, nè contro l'acquirente che avendo trascritto il suo titolo lo ha reso operativo di effetti di fronte ai terzi e lo ha acquistato libero dalle ipoteche che non erano iscritte al momento della trascrizione.

Per attribuire un significato alla espressione « *aventi causa* » adoperata nell'art. 1996, e un significato deve necessariamente averlo, bisogna pertanto ricorrere alla ipotesi di un legatario al quale sia stato personalmente attribuito il debito, come onere della disposizione fatta a suo favore, o di un acquirente che abbia assunto l'obbligo di pagarlo. Si potrebbe aggiungere il caso di un acquirente che abbia voltato i beni nei registri censuari, ma non abbia trascritto il suo titolo; ma è ovvio avvertire che in tal caso basta che la iscrizione sia presa contro il debitore originario, perchè l'alienazione non trascritta è inefficace di fronte ai terzi, ed è terzo il creditore dell'alienante che procede alla iscrizione. Ammettendo un diverso concetto si verrebbe ad attribuire alla voltura catastale l'effetto che la legge riserva esclusivamente alla trascrizione, lo che non è assolutamente ammissibile.

414. Se la ipoteca si prende contro una ragione sociale, contro una ditta, o contro una società anonima o in accomandita per azioni, alle indicazioni richieste dall'art. 1887, n. 1, vengono necessariamente a sostituirsi quelle che valgono a identificare questo debitore speciale, o questo speciale possessore dei beni gravati; lo stesso è a dirsi della ipoteca presa contro un ente morale, come lo Stato, la provincia, il comune, l'istituto pubblico di beneficenza o altro simile. Anco per questo sarebbe stato opportuno che il legislatore richiedesse con formula generica la designazione precisa del debitore, o del possessore dei beni

gravati, senza specificare essere richiesto il nome, il cognome, il domicilio, la professione, la paternità. Una ipoteca contro lo Stato sarà presa validamente indicando l'amministrazione del demanio, dalla quale dipendono i beni nazionali patrimoniali, soli che d'ipoteca siano suscettivi; una ipoteca contro un comune, contro un'opera pia, sarà presa validamente designando l'ente debitore colla denominazione che gli spetta per la sua natura (Provincia di Napoli, Comune di Portici) o per i suoi statuti (Ospizio di mendicità di Pisa, Orfanotrofio maschile di Livorno, Spedale di Campiglia); la indicazione personale del rappresentante, presidente della deputazione provinciale, sindaco, sopraintendente, rettore non è indubbiamente necessaria. Il contrario non potrebbe argomentarsi dagli articoli 137, 138 del codice di proc. civ. che per la chiamata in giudizio richiedono che la citazione sia notificata al rappresentante sindaco, rettore, capo, superiore o a chi ne fa le veci, e per le amministrazioni dello Stato a chi le rappresenta nel luogo in cui risiede l'autorità giudiziaria adìta. Qui si tratta di far dichiarare un diritto, e occorre provocare un giudizio contenzioso nel quale l'ente convenuto deve essere citato in persona di chi lo rappresenta; là si tratta semplicemente di conservare un diritto acquistato precedentemente, e basta la designazione dell'ente debitore.

Lo stesso sarebbe a dirsi di una società; se è società a responsabilità illimitata, in nome collettivo o in accomandita semplice, non importa che la iscrizione sia presa contro i singoli soci, ma basta che sia presa contro la ragione sociale, o contro il socio gerente in rappresentanza della società; se si tratta poi di società a responsabilità limitata, anonima o in accomandita per azioni, basterà che sia presa contro la società, usando la denominazione voluta dai suoi statuti (1).

---

(1) Il POCHINTESTA (*op. cit.*, I, 286) si limita a dire su ciò che ha formato oggetto del presente numero: « Trattandosi però di una società o ditta di

415. Se poi si trattasse di una così detta società di fatto, nella quale più persone contrattassero e agissero di fronte ai terzi assumendo titolo e apparenza di società senza avere ottemperato alle formalità di legge, non potrebbe aversi ipoteca validamente iscritta contro l'adottata ragione sociale, che non comprendesse i singoli nomi dei soci; la iscrizione dovrebbe prendersi contro tutti costoro, perchè, per quanto potessero essere tenuti in solido verso i creditori, in conseguenza della forma sociale assunta, non potrebbero essere tenuti ipotecariamente se non per la quota rispettiva di comproprietà, mancando l'ente società separato e distinto dalle persone dei soci (1).

Così per esempio se Tizio e Caio avessero acquistato in comune un immobile, e senza essere regolarmente costituiti in società, agissero e contrattassero sotto la ragione sociale Tizio e C., la ipoteca concessa da Tizio, ed iscritta contro la supposta società, varrebbe per la parte d'immobile spettante a Tizio, ma non per la parte di Caio, perchè l'immobile stesso spetta loro in comune, ma non può reputarsi di proprietà dell'ente collettivo che non esiste: per avere efficacia l'ipoteca dovrebbe essere iscritta contro ambedue i condomini ed ambedue dovrebbero essere particolarmente designati nella iscrizione. Infatti se in quella specie di fatto un terzo ispezionasse i registri per rintracciare se la quota di Caio fosse gravata d'ipoteca, non potrebbe accorgersi della esistenza di quella iscrizione, e il certificato che venisse richiesto

« commercio, basterà indicare la ragione sociale, senza che occorra d'indicare « il nome dei singoli socii ». Più preciso è il PACIFICI-MAZZONI (*op. cit.*, I, 191) il quale dice che la ipoteca riguardante un ente giuridico deve essere presa contro il nome « *che lo designa all'universalità dei cittadini* ».

(1) L. 32 D. *pro socio*, XXII, 2. « Quum tractatu habito societas coïta est;... « quum sine tractatu in re ipsa vel negotio communiter gestum videtur ». L. 31 h. t.: « Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet; nec enim « sufficit, rem esse communem, nisi societas intercedat ».

contro Caio sarebbe rilasciato necessariamente negativo. Un secondo creditore ipotecario di Caio potrebbe per conseguenza opporsi alla collocazione, sul prezzo della quota di Caio, del creditore iscritto contro la supposta società, perchè Caio sarebbe obbligato di fronte a questo creditore personalmente e solidalmente, ma non sarebbe obbligato ipotecariamente.

416. Abbiamo voluto addurre l'esempio surriferito, per quanto sia proprio del diritto commerciale più tosto che del diritto civile, al quale si limita esclusivamente il nostro studio, all'oggetto di dimostrare quanto sia importante la designazione precisa del debitore: senza di essa l'iscrizione non può produrre alcun utile effetto, perchè non risponde al principio di pubblicità che è propriamente il cardine di tutto quanto il sistema ipotecario.

Con ciò si spiega come una inesattezza anco lievissima, come l'errore di una sola lettera, possa in fatto di designazione del debitore o del possessore dei beni gravati produrre la nullità; diciamo possa non debba; perchè il ricordato art. 1998 Cod. civ., eliminando le difficoltà alle quali dava luogo il silenzio dei precedenti codici, ha attribuito ai magistrati un potere discrezionale per determinare caso per caso se la omissione e la inesattezza che si verifica nella iscrizione, riguardo a questa come riguardo alle altre indicazioni costituenti requisito essenziale, induca quella incertezza assoluta che sola può dar luogo alla nullità.

È il sistema stesso che prevalse in Francia dopo molte decisioni contraddittorie, alcune troppo rigorose, in quanto pronunziavano la nullità per qualunque lievissima omissione o inesattezza, altre troppo corrive, in quanto dichiaravano valide delle iscrizioni non rispondenti allo spirito della legge; è il sistema più logico, che soltanto avrebbe potuto meglio estrinsecarsi col non richiedere, riguardo alla designazione del debitore, quelle speciali indicazioni la cui mancanza nella massima parte dei casi non può indurre incertezza assoluta e per conseguenza non è causa di nul-

lità. Se per esempio nel registro alfabetico dei debitori figura un solo individuo avente un dato cognome, accompagnato da un dato nome, quale incertezza può generare la mancanza della paternità? Se un individuo ha un titolo gentilizio, o è conosciuto come avvocato, come medico, come ingegnere, l'indicazione di questa qualità può escludere la incertezza assoluta, sebbene manchino le indicazioni volute dalla legge. Per questo torniamo a dire che si sarebbe dovuta esigere, senza ulteriore specificazione, la designazione precisa del debitore: l'aver richiesto una forma di designazione che poi nella pratica non è indispensabile, e che in molti casi non è possibile, genera quei dubbi e quelle difficoltà che il legislatore si proponeva di eliminare (1).

417. La giurisprudenza italiana, avendo nel combinato disposto degli articoli 1987, n. 1 capov. e 1998 cod. civile una

---

(1) Sulla evoluzione della giurisprudenza francese, la quale incominciò dal ritenere che non solo tutte le enunciazioni, ma ancora tutti i singoli elementi di ciascuna enunciazione, fossero egualmente richiesti a pena di nullità, facendo rivivere la severa massima, « *qui virgula cadit, causa cadit* », per giungere poi, a traverso di molte incertezze capaci di cagionare la rovina d'innumerevoli creditori, alla massima che è stata poi proclamata nel nostro art. 1998, cons. PONT (*op. cit.*, XI, 957 seg.) ove è luminosamente dimostrata la fortunata origine di questa massima. Vi fu un momento in cui la Corte di cassazione tentò di richiamare in vita l'abbandonato formalismo (1841); ma tutte le corti d'appello insorsero contro siffatto tentativo e adottarono la opinione espressa fino dal 1833 dal TROPLONG, nella prima edizione del suo classico trattato sulle ipoteche (665 seg.) facendo trionfare la dottrina che la corte di Orleans, riassumendo la opinione di tutte, così formulava: « la validité ou la nullité de « l'inscription doit dépendre de la question de savoir si l'omission reprochée « a ou non lésé un intérêt que la publicité devait éclairer ». La legge belga del 1851 fece tesoro di questi ammaestramenti dichiarando nell'art. 85 che la omissione di una o di alcuna delle formalità prescritte induce nullità, quando « *il en resulte un préjudice au détriment des tiers* ». La formula dell'« *incertezza assoluta* » adottata dal legislatore italiano muove da un concetto identico, per quanto sia notevolmente diversa la formula che per esprimerlo è stata adoperata.

guida sicura alla quale attenersi procede spedita per la sua via. Così fu deciso che in fatto d' iscrizione ipotecaria, il nome e cognome del debitore è la indicazione principale e più essenziale al cospetto dei terzi; che per conseguenza l'erroneità come la mancanza di tale indicazione fa sì che la iscrizione non possa produrre effetto di fronte ai terzi, senza che sia lecito ricorrere ad equipollenti di qualsiasi genere (1); fu pure deciso che essendo errato il nome nella iscrizione, non bastano a salvarla dalla nullità le annotazioni di richiamo apposte dal conservatore nella tavola alfabetica compilata per uso interno (2). Fu deciso al contrario che la mancanza e la erronea indicazione della paternità non rendono nulla la iscrizione, quando da speciali circostanze è esclusa qualunque incertezza intorno alla persona del debitore (3) e che una leggiera modificazione o variante nel nome del debitore non induce nullità se per altre aggiunte sia escluso il dubbio circa la persona che si volle indicare (4).

Riguardo però alla decisione che concerne la paternità, crediamo si debba distinguere la omissione della erroneità. La omissione pare anche a noi non produca incertezza assoluta e lo abbiamo già avvertito nel numero precedente; ma la erroneità non può essere considerata con criterii egualmente benigni. Se infatti si dice *Paolo Argenti*, senza indicazione di paternità, non vi può essere incertezza assoluta in pregiudizio dei terzi, perchè si dovranno

---

(1) Casale, 25 luglio 1887, *Giur. Casal.*, 1887, 304.

(2) Cass. Torino, 2 marzo 1882, *Cass. Tor.*, I, 1, 170, in conferma di altra della Corte di Casale, 27 gennaio 1880, *Annali di giur. it.*, XIV, III, 399.

(3) Roma, 12 aprile 1888, *Legge*, XXVIII, I, 737.

(4) Torino, 28 giugno 1867, *Giur. tor.*, IV, 197; V. però la decisione già citata, che ritenne indurre nullità la differenza di una sola lettera (Bocciarelli invece di Bucciarelli) per avere indotto incertezza al punto che il conservatore emise certificato negativo reputando si trattasse di persone diverse (Roma, 26 luglio 1871, *Legge*, XI, I, 623).

considerare come affliggenti, e saranno comprese nei certificati, tutte le ipoteche iscritte contro Paolo Argenti, sebbene specificate con diversa paternità; ma se si dice *Paolo Argenti fu Pietro*, mentre in realtà il debitore è figlio del *fu Carlo*, i terzi saranno indotti in errore e crederanno che la iscrizione sia presa contro una persona diversa; la iscrizione sarà omessa nel certificato rilasciato dal conservatore per le iscrizioni esistenti contro *Paolo Argenti fu Carlo*, e vi sarà per conseguenza quella incertezza assoluta che dà luogo alla nullità (1).

418. Secondo requisito essenziale delle note ipotecarie è la indicazione dell' importare della somma dovuta, che traduce in atto, insieme alla indicazione della natura e della situazione dei beni gravati, il principio della specialità, mentre la designazione del debitore serve ad applicare, come di sopra è stato osservato, il principio della pubblicità in materia ipotecaria.

Alla indicazione dell' importare della somma dovuta, si connettono strettamente le altre due che riguardano gl' interessi o le annualità che il credito produce ed il tempo della esigibilità; le quali servono, insieme con essa, a specificare il credito garentito con la ipoteca; ma mentre la prima è essenziale, non lo sono

---

(1) Nella decisione della corte d' appello di Roma (12 aprile 1888) citata di sopra fu ritenuto che se la erronea designazione della paternità del debitore aveva fatto sì che un dato credito non fosse compreso in un certificato ipotecario rilasciato ad un terzo, in modo che questo terzo ne aveva risentito pregiudizio, « tale fatto non poteva costituire una ragione di annullamento « della iscrizione, ma solo poteva dare causa a una domanda di risarcimento « contro il conservatore delle ipoteche, se avvenuto per colpa di questo ». Ciò conferma la distinzione da noi fatta nel testo: se manca la paternità nella iscrizione, è in colpa il conservatore che la omette nei certificati da lui rilasciati; ma se la paternità è errata, è in colpa la parte che ha richiesto la iscrizione e vi ha quell' assoluta incertezza intorno alla persona del debitore che cagiona la nullità della iscrizione, dato che esistano nel repertorio alfabetico dell' ufficio ipotecario più individui aventi lo stesso cognome e lo stesso nome, ma una diversa paternità.

egualmente le altre, imperocchè se la iscrizione non può sussistere, ed è manifestamente e radicalmente nulla, per la mancanza di quella, può sussistere invece e produrre il suo effetto, anco in mancanza di queste; omessa la indicazione degl' interessi o delle annualità del debito, la collocazione sarà limitata al capitale; omessa l' altra del tempo della esigibilità, non potrà dirsi che vi sia quella incertezza assoluta sull' importare del credito che produce la nullità della iscrizione; ma omessa la indicazione dell' importare del credito, l' iscrizione non può avere alcun effetto in omaggio al principio enunciato nell'art. 1965 Cod. civ. (1).

Invero è con la indicazione dell' importare della somma dovuta, che i registri ipotecari danno ai terzi il modo di verificare fino a qual punto sono gravati i beni del debitore; il confronto del valore di questi beni con l'ammontare dei crediti iscritti, permette di determinare se sussiste tuttora un margine per nuove iscrizioni, e se il debitore sia per conseguenza in grado di garentire altre obbligazioni oltre quelle già garentite in precedenza (2).

419. Osservammo già, parlando del contenuto dell' atto costitutivo, che la determinazione della somma per la quale l' ipoteca è consentita, non è richiesta nell'atto stesso a pena di nullità; ed osservammo pure che con ciò non si viola il principio che vuole specializzata la ipoteca quanto alla somma, perchè la determinazione di questa, che non sia stata fatta d'accordo fra le parti nel-

(1) Cass. Torino, 11 decembre 1868, *Annali di giur. it.*, III, I, 196; Cass. Torino, 9 febbraio 1871, *Giur. tor.*, VIII, 160, nelle quali fu deciso che alla omissione di tale indicazione non supplisce neppure la enunciazione della data e della natura del titolo e del nome del notaro che lo ha ricevuto, quantunque il titolo stesso contenga la designazione voluta dalla legge.

(2) « La publicité hypothécaire, dice il PONT (*op. cit.*, XI, 985), serait in« complète, elle n'existerait réellement pas, si les registres du conservateur ne « fournissaient pas cet element d'appreciation: voila pour quoi l'indication du « montant de la créance est une condition nécéssaire à la validité de l'inscri« ption, qui est l' instrument de la publicité ».

l' atto costitutivo o in un atto posteriore, può essere fatta dal creditore nella nota per la iscrizione; osservammo pure che per alcune ipoteche legali e per le ipoteche giudiziali è una necessità imprescindibile che tale determinazione sia fatta dal creditore nella nota, perchè se vi è titolo a iscrivere l' ipoteca, nella sentenza o nella stessa legge, manca però l' atto nel quale debitore e creditore possano accordarsi quanto alla somma per la quale la iscrizione deve aver luogo; e che anco nell' ipoteca convenzionale può mancare questo accordo preventivo; specialmente se si tratti di obbligazione non consistente in danaro, e il debitore consenta la ipoteca in modo generico, lasciando al creditore la cura di determinarne l'ammontare nella nota che sarà a presentare per la iscrizione. Osservammo finalmente che la conseguenza precipua del fatto che la somma non è stata determinata d'accordo dalle parti, e che la determinazione è stata fatta dal solo creditore, è questa, che il debitore può domandare la riduzione della iscrizione, per ciò che riguarda il suo ammontare, quando è stata fatta per somma esuberante alla garentia del credito che era nel diritto di assicurare (1).

Riservandoci di ritornare su questo ultimo punto nel prossimo capitolo ove sarà parlato della riduzione, dobbiamo qui limitarci a ricordare nuovamente il disposto dell' art. 1992 cod. civ. per analizzare i diversi casi nei quali riceve applicazione:

« L' iscrizione della ipoteca non può farsi che per una somma « di danaro a tale effetto determinata nell'atto costitutivo o dichia- « rativo del credito, o in un atto posteriore. La determinazione « della somma, se non è fatta nel titolo costitutivo o dichiarativo « del credito, nè con atto posteriore, può farsi dal creditore me- « desimo nella nota per la iscrizione ».

La determinazione della somma è fatta anzi tutto dal credi-

(1) Vol. I di questo trattato n. 237, pag. 413.

tore, o da chi per conto di esso procede alla iscrizione, quando si tratta di quelle ipoteche legali nelle quali non è dato conoscere *a priori* l'ammontare del credito garentito. Queste ipoteche sono esclusivamente quelle di cui è parola nel n. 3 e nel n. 5 dell'art. 1969 cod. civ. iscritte a garenzie di crediti eventuali, come quello verso tutore, o di spese non peranco commesse, e tanto meno liquidate, quando l'ipoteca si iscrive, specialmente se la iscrizione ha luogo, come eccezionalmente è ammesso, nel secondo caso, in virtù del semplice mandato di cattura, prima che sia intervenuta sentenza di condanna; non accade invece che la determinazione della somma sia rimessa all'arbitrio del creditore quando si tratta d'ipoteca legale dell'alienante o del condividente, perchè la somma è data dal contratto di alienazione o di divisione, ove resultano il prezzo tuttora dovuto, o il conguaglio che da un condividente deve essere pagato all'altro; non accade neppure in caso d'ipoteca giudiziale, se la sentenza in virtù della quale la ipoteca si iscrive è di condanna al pagamento di una somma, essendo allora evidente che la ipoteca non può validamente essere iscritta che per la somma portata dalla sentenza e per gli accessori relativi; ma se la sentenza condanna all'adempimento di una obbligazione di dare, di fare o di non fare, che possa risolversi nel risarcimento dei danni, è il creditore che nel prendere l'iscrizione determina l'ammontare presunto del credito, salvo nel debitore il diritto di domandare la riduzione; finalmente nella ipoteca convenzionale bisogna distinguere secondo che la obbligazione garentita consiste in una somma di denaro o in una prestazione diversa; nel primo caso l'ammontare della iscrizione è necessariamente determinato dall'ammontare già noto del credito che con la ipoteca si è voluto assicurare; nel secondo caso è da distinguere nuovamente: o la valutazione della prestazione è stata fatta d'accordo fra le parti, nell'atto costitutivo della ipoteca, o nell'atto dichiarativo del credito, o in un atto posteriore, e il cre-

ditore non può dipartirsi dalla valutazione stessa; o la valutazione non è stata fatta, e il créditore è libero di farla egli stesso nell'atto della iscrizione, dovendosi presumere che il debitore abbia voluto conferirgli un mandato a tale oggetto; ma in tal caso sussiste nel debitore il diritto alla riduzione, ove il creditore, abusando del mandato affidatogli, abbia ecceduto nella valutazione (1).

Dove il creditore ha per la stessa necessità delle cose una certa latitudine, sebbene sia nota *a priori* la somma capitale per la quale la ipoteca deve essere iscritta, è nella determinazione degli accessorii e specialmente delle spese contingibili, le quali costituiscono un credito eventuale la cui esatta liquidazione abbisogna di circostanze che non possono essere apprezzate e stabilite in modo definitivo al momento in cui si procede alla iscrizione. Parlando degli effetti della ipoteca avremo occasione di commentare l'art. 2010 Cod. civ. il quale, dopo aver disposto che l' iscrizione del credito serve per far collocare allo stesso grado, certe spese che possono dirsi ordinarie, cioè le spese dell' atto, quelle della iscrizione e rinnovazione, e quelle di collocazione, ammette poi che le parti possano, con patto espresso, estendere l' ipoteca del credito e gli effetti della medesima a spese giudiziali maggiori, purchè ne sia presa la corrispondente iscrizione; ma tuttavia noi riteniamo che tale estensione della iscrizione ipotecaria possa avvenire per fatto del creditore, indipendentemente dal patto espresso, in virtù del principio generale sancito nell' art. 1992 Cod. civ. e salvo il diritto del debitore a domandare la riduzione della iscrizione che in questa parte apparisca eccessiva.

Occorre appena avvertire che la collocazione, tanto pel capitale quanto per gli accessorii, deve poi essere limitata alla somma realmente dovuta, quantunque la iscrizione sia presa per somma

---

(1) I vari casi sono accuratamente distinti da MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XIII, numero 6.

maggiore; qualunque interessato potrà sollevare in proposito, nel giudizio di graduazione, quelle opposizioni che reputerà fondate, all'oggetto di limitare la collocazione dei creditori a lui anteriori.

420. Si connette a quest'ultima osservazione il capoverso dell'art. 1997 Cod. civ.: « Se la somma enunciata è maggiore di « quella realmente dovuta, l' iscrizione non ha effetto che per que« st' ultima somma ». È questa una conseguenza del principio che l' ipoteca, come diritto reale di assicurazione del credito, è un diritto accessorio del credito stesso, che in tanto può sussistere in quanto sussiste il credito garantito. Non vale prendere iscrizione per 1000 se il credito è 100; la ipoteca vale per 100, non per 1000; ogni di più si risolve in una inutile superfluità.

Non varrebbe al creditore il dimostrare la sussistenza di altri suoi crediti verso lo stesso debitore: la ipoteca non essendo destinata a garantirli, il margine che per la loro collocazione presentasse la somma iscritta, non potrebbe avere alcun effetto utile e il creditore non potrebbe ottenere collocazione per quei crediti che come semplice creditore chirografario.

La giurisprudenza ha in proposito sancito la massima che la iscrizione la quale enuncia una somma maggiore di quella realmente dovuta non è per questo colpita di nullità, ma limitata nei suoi effetti (1); massima questa che non ha bisogno di essere dimostrata, tanto è evidente; la nullità è comminata dalla legge quando vi sia assoluta incertezza sull' importare del credito (articolo 1998 Cod. civ.), non quando vi sia semplice eccedenza; l'avere iscritto una ipoteca di 1000 per sicurezza di un credito di 100 non porta incertezza assoluta; fa credere soltanto che sia gravato per 1000 un fondo che è gravato per 100; ma al momento della collocazione dei crediti, in cui la ipoteca spiega il suo effetto, l'esame dei titoli che si fa dal giudice delegato e dal collegio in

---

(1) Cass Torino, 23 luglio 1878, *Annali di giur. it.*, XII, I, 1, 511.

contraddittorio degli interessati, offre il modo di determinare quale realmente debba essere l'estensione della garanzia, la quale non può essere data che dall'ammontare del credito garantito.

421. L'art. 1997 Cod. civ. enuncia nella sua prima parte una proposizione inversa a quella enunciata nel capoverso: « L' iscri« zione non ha effetto che per la somma enunciata nella nota, « ancorchè si giustifichi coll' atto da cui apparisce il debito, che « la somma dovuta è maggiore dell' enunciata ». È questa una conseguenza del principio della pubblicità, perchè i terzi, per conoscere i pesi dei quali è gravato un immobile, non hanno altro obbligo che quello di consultare i registri; quando l' iscrizione è presa per 100, vale per 100, sebbene il credito sia di 1000; non varrebbe obiettare che nella iscrizione è ricordato il titolo costitutivo, nel quale la ipoteca è concessa per 1000; i terzi possono consultarlo per far restringere gli effetti della iscrizione quando questa superi l' ammontare del credito garantito; ma non hanno obbligo di consultarlo per constatare il caso inverso. La ipoteca non puo sussistere che per somma determinata in danaro, e non sussiste che per mezzo della iscrizione; quando ancora possa ragionevolmente credersi che il creditore volesse prenderla per somma maggiore, e ne avesse il diritto, non si può prescindere dalla materialità della iscrizione, e questa non può valere che per la somma espressa (1).

Se però il creditore che avrebbe avuto titolo per iscrivere la ipoteca per 1000, l'abbia iscritta per 100, può evitare il danno che sarebbe per derivargli con una ipoteca suppletiva, la quale prenderebbe grado dal giorno della sua iscrizione; in questo caso non si avrebbe una sola ipoteca, ma si avrebbero due ipoteche successivamente iscritte sugli stessi beni in forza di un medesimo titolo, e sarebbero per conseguenza dovute due distinte tasse ipo-

---

(1) Cass. Torino, 21 aprile 1873, *Legge*, XIV, I, 533.

tecarie, essendo la tassa proporzionalmente calcolata sul valore della iscrizione.

Potrebbe obiettarsi che l'avere iscritto ipoteca per 100, quando si aveva diritto d' iscriverla per 1000, includa una rinunzia alla iscrizione per il di più (1); ma è noto che le rinunzie non si presumono e che devono resultare da una positiva manifestazione di volontà: tale non sarebbe certamente il nudo fatto della iscrizione presa per somma minore di quella realmente dovuta; il diritto ad iscrivere non si esaurisce con la iscrizione, e colui che avendo diritto a iscrivere per 1000 ha iscritto per 100, può riparare alla omissione. Fra le cause di estinzione della ipoteca è annoverata la rinunzia (art. 2029 n. 3 Cod. civ.), ma non può dirsi che rinunzi all' ipoteca il creditore, che, per errore o per altro motivo qualsiasi, la iscrive per somma minore di quella per la quale avrebbe diritto a farlo.

422. La regola enunciata nella prima parte dell' art. 1997 vale anche per il caso di una iscrizione presa per assicurare il pagamento di una rendita vitalizia. In tal caso basta enunciare la rendita; la enunciazione del capitale occorrente a produrla non è necessaria, perchè provvede l' art. 2090 Cod. civ. disponendo al capoverso che « per le rendite o prestazioni vitalizie verrà collocata una somma i cui interessi corrispondono alle stesse rendite o prestazioni, eccetto che i creditori posteriori eleggano di cautelarne efficacemente il pagamento in altro modo. Questa somma è riversibile ai creditori dopo estinto il vitalizio ».

Ma se nella iscrizione fosse enunciato il capitale, il creditore non avrebbe diritto ad essere collocato che per il capitale enunciato, quantunque insufficiente a produrre la rendita o prestazione che si voleva garantire, perchè ricorre l'applicazione del suesposto principio dell' art. 1997 Cod. civ.

---

(1) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XIII, n. 6.

Non varrebbe a fare adottare una soluzione diversa la circostanza che insieme alla enunciazione del capitale fosse anche indicato l'ammontare della prestazione dovuta, come se il creditore avesse chiesto la iscrizione « *per garantire la pensione vitalizia* « *di L. 1000 e così per il capitale di L. 10,000* », perchè la iscrizione non ha effetto che per la somma enunciata nella nota, ancorchè si giustifichi che la somma dovuta sia maggiore, e nel caso la enunciazione della somma sarebbe rappresentata dal capitale non dalla rendita (1).

---

(1) La questione fu risoluta in questo senso, contrariamente a quanto era stato ritenuto dalla corte d'appello di Torino (16 giugno 1890, *Giur. cas.*, 1891, 16) con una sentenza della cassazione subalpina del 5 maggio 1891 (*Giur tor.*, 1891, 344) che è così riassunta sulla *Sinossi giur.*, 2ª serie, fasc. 49, pag. 67: « Non valeva in contrario distinguere la nota d'iscrizione in una « parte principale ed in una puramente secondaria ed accessoria, mentrechè « essendo massima assoluta nella materia ipotecaria che l'iscrizione non ha « effetto che per la somma enunciata nella nota, ancorchè si giustifichi che « la somma dovuta sia maggiore, non vi era che da leggere quello che nella « nota era scritto. I terzi che avessero ricorso alle tavole ipotecarie restavano, « per fatto personale dell' iscrivente, diffidati che il vincolo ipotecario da lui « impresso era limitato al capitale enunciato. Poteva il creditore non deter- « minare il capitale occorrente ad assicurare la pensione, rimettendosi alla « disposizione dell'art. 2090; ma poichè tale capitale aveva voluto, entro i « limiti della legge esprimere, non era lecito surrogarsi alla volontà di lui « ed applicare l'alinea dell'art. 2090; la cui norma è segnata per quei casi « in cui non fu diversamente provveduto dalle parti con l'atto costitutivo o « dichiarativo del credito, o con atto posteriore, oppure nel caso in cui il « creditore iscrivente non abbia fatto tale determinazione nella nota ipotecaria « (art. 1992), ma non per quei casi in cui, o contrattualmente fra le parti « contraenti la prestazione vitalizia, o in difetto dal creditore, fu determinata « la somma sino a concorrenza della quale viene presa l'iscrizione a garanzia « della pensione vitalizia. La corrispondenza, o no, della somma per cui l'i- « poteca fu presa, all'importo della pensione annua che s' intende assicurare, « non può autorizzare il giudice a mutare la situazione che il creditore si è « fatta, ed avea diritto di fare, coll'avere, nella nota d'iscrizione della ipo- « teca, domandato che la si praticasse per una data cifra capitale; diversa-

423. Terzo ed ultimo requisito essenziale della nota ipotecaria è la enunciazione della natura e situazione dei beni gravati con le indicazioni volute dall' art. 1979 (art. 1987 n. 7 capoverso Cod. civ.), e cioè con la indicazione del comune in cui si trovano, del numero del catasto o delle mappe censuarie dove esistono e di tre almeno dei suoi confini (art. 1979 Cod. civ.). Il requisito è essenziale in questo senso, che senza di esso non può aversi valida ipoteca; in vero l' ipoteca come diritto reale non può sussistere che sopra beni specialmente indicati, ed è appunto questo terzo ed ultimo requisito che serve a dare alla ipoteca il carattere della specialità, all'oggetto precipuo di fissare irrevocabilmente la sorte dei diversi creditori di una stessa persona, e di far conoscere ai terzi i pesi ipotecari gravanti un immobile determinato.

Fra questo requisito e gli altri superiormente enunciati intercedono, per la stessa natura delle cose, delle importanti differenze che occorre subito avvertire.

La prima è questa, che mentre la determinazione della somma può essere fatta sempre dal creditore iscrivente, se non sia stata fatta nell'atto costitutivo o dichiarativo del credito, o in un atto posteriore, la determinazione dei beni gravati non può essere fatta dallo stesso creditore, senza diretto concorso della volontà espressa

---

« mente verrebbesi a scuotere, con possibile danno dei terzi, il principio fondamentale della pubblicità dei registri ipotecari, su cui s' impernia il nostro « sistema ipotecario. Tutti i ragionamenti che si possono fare per dimostrare « l' incertezza che, per la natura delle cose, è inerente alla determinazione « che si voglia fare di un capitale per assicurare una data pensione vitalizia, « possono esser veri ed attendibili, perchè, in fatti, il tasso di rendita può « mutare in più o in meno secondo le condizioni economiche e politiche variabilissime di un paese; ma tutti questi ragionamenti non tolgono, nel « concreto, che il creditore abbia precisata la cifra per la quale intendeva « prendere ipoteca a cauzione della sua rendita vitalizia, e che così sia venuto « a *legem sibi dicere* ».

del debitore, se non quando la ipoteca è iscritta in virtù di legge o di sentenza; quando la ipoteca è iscritta in virtù di convenzione, la designazione dei beni gravati non può emanare che dallo stesso costituente, debitore diretto o datore d' ipoteca in favore altrui, perchè egli solo ha facoltà d' imprimere il diritto reale d' ipoteca sopra i suoi beni.

La seconda differenza consiste in ciò, che mentre la designazione della persona contro la quale la ipoteca è iscritta, e la indicazione dell' importare della somma dovuta, sono requisiti essenziali la cui mancanza o inesattezza dànno sempre luogo a totale nullità all' ipoteca, ogni qual volta inducano assoluta incertezza, la mancanza e inesattezza delle indicazioni intorno ai beni gravati, può dar luogo a semplice nullità parziale ove si verifichino per alcuni di questi beni e non per tutti.

Le due differenze meritano particolare considerazione.

424. Incominciamo dalla prima. Se l' ipoteca è legale o giudiziale, la legge e la sentenza dànno al creditore diritto d' iscrivere sopra tutti i beni del debitore, o per lo meno sopra tutti i beni che si trovano in una data situazione giuridica rispetto al credito garantito.

Prescindendo da questa seconda ipotesi, la quale si verifica nella iscrizione dell'ipoteca legale dell'alienante e del condividente, dove la legge dà diritto d' iscrivere la ipoteca sopra i beni che furono oggetto di alienazione e di divisione, può dirsi che la ipoteca legale è diritto d' iscrivere il diritto reale sopra tutti i beni che si trovano nel patrimonio del debitore al momento in cui si verifica il rapporto giuridico che le dà vita; mentre l' ipoteca giudiziale è diritto d' iscrivere ipoteca, non soltanto su tutti i beni che sono proprietà del debitore al momento in cui è proferita la sentenza di condanna, ma anche su quelli che gli pervengono posteriormente. La indicazione dei beni gravati è fatta nell' uno e nell' altro caso dall' iscrivente; ma nel secondo caso (ipoteca giu-

diziale) questa volontà è libera e può manifestarsi per via d' iscrizioni successive, investendo determinati beni, a misura che pervengono in proprietà del debitore; nel primo caso invece è vincolata alla consistenza patrimoniale del debitore in un dato momento; anco in questo secondo caso l' iscrivente che non colpisse tutti i beni suscettivi di essere gravati dalla ipoteca legale, potrebbe prendere delle iscrizioni suppletive; ma se ha colpito fino dal principio tutti i beni che in virtù di legge erano affetti alla garanzia del credito, ha esaurito l'esercizio del suo diritto e questa facoltà non gli compete.

Questa sostanziale differenza fra la ipoteca legale e la giudiziale si argomenta dalla disposizione dell' art. 1986 cod. civ. la quale si riferisce unicamente alla seconda, non alla prima: « L' ipoteca giudiziale si può iscrivere su qualunque degli immobili « appartenenti al debitore; ma quanto a quelli che sono da lui « acquistati dopo la condanna, la iscrizione non può prendersi se « non a misura che essi pervengono al debitore ».

Non abbiamo bisogno di soffermarci adesso sopra di ciò, avendone parlato a sufficienza nel volume primo, dove fu già avvertita la estensione veramente eccezionale attribuita dal legislatore nostro alla ipoteca nascente dal giudicato (1), e fu precisato caso per caso, rispetto alle diverse ipoteche legali, quali beni ne siano colpiti e su quali beni possa per conseguenza ciascuna ipoteca essere iscritta (2). Qui abbiamo voluto ricordare questa diversa estensione delle ipoteche legali e giudiziali, unicamente per discendere a dimostrare la differenza che intercede fra le medesime e la ipoteca convenzionale perciò che attiene alla designazione dei beni gravati.

---

(1) V. vol. I, n. 182 pag. 309 seg.

(2) Vol. I, n. 66 pag. 134; n. 89 pag. 166; n. 100 pag. 181; n. 116 pag. 204; n. 132 pag. 226.

La differenza consiste in ciò, che mentre nella ipoteca legale e nella giudiziale la designazione emana dal fatto del creditore, o di chi procede alla iscrizione nel suo interesse, con quei limiti che sono dati caso per caso dal titolo in virtù del quale la ipoteca viene iscritta, nella ipoteca convenzionale invece la designazione dei beni non può emanare che dalla volontà espressa e sufficientemente manifestata dal costituente; fonte del diritto reale essendo in tal caso la convenzione, ossia l'accordo del creditore e del debitore nel costituirlo a garanzia del credito, la volontà del creditore non può dar vita a una efficace iscrizione; occorre la volontà del costituente, che sola può imprimere il diritto reale sopra i suoi beni, e autorizzare il creditore ad acquistarlo e a conservarlo mediante la iscrizione.

Deriva da ciò la necessaria corrispondenza fra il titolo costitutivo della ipoteca e la nota che si presenta per essere riprodotta nel registro delle formalità: non basta che i beni siano specificati nella nota; occorre che tale specificazione corrisponda a quella contenuta nel titolo, affinchè sia dato conoscere, non soltanto se l'ipoteca grava determinati beni, ma ancora se li grava legittimamente e se fu veramente iscritta col consenso del costituente.

Per questo il n. 7 dell'art. 1987 cod. civ. richiama l'art. 1979, che riguarda il contenuto dell'atto costitutivo; le indicazioni volute da questo articolo occorrono in ogni iscrizione; ma occorrono doppiamente nella iscrizione della ipoteca convenzionale, riguardo alla quale è prescritto che siano contenute tanto nel titolo costitutivo quanto nella nota.

Certamente nella nota il creditore può meglio specificare e designare i beni, che nel titolo costitutivo sono stati indicati troppo sommariamente; ma la specificazione non basterebbe a rendere valida la iscrizione, se per la formula generica usata nel titolo costitutivo non fosse dato constatare la identità dei beni gravati con quelli realmente ipotecati dal costituente.

425. Venendo adesso a dire della seconda differenza accennata di sopra, osserviamo che mentre la designazione del debitore, come quella dell' importare del credito garantito, sono talmente essenziali che la loro mancanza produce sempre nullità della iscrizione, e la loro inesattezza la produce del pari, sempre che induca quella incertezza assoluta della quale è parola nell' art. 1998 cod. civ., la designazione dei beni gravati è essenziale in modo diverso, perchè potendo con una stessa iscrizione gravarsi diversi immobili, può darsi che alcuni siano esattamente designati ed altri no, e che si abbia per conseguenza una iscrizione in parte valida, in parte nulla.

Mentre la incertezza sul nome del debitore, o sull'ammontare del credito, produce nullità totale della ipoteca, la incertezza su alcuni dei fondi gravati può produrre la nullità parziale (1); la iscrizione rimane valida e produce il suo effetto sopra quelli dei beni gravati che sono sufficientemente designati nella iscrizione.

426. Per rispondere pienamente al precetto della legge la iscrizione di qualsiasi ipoteca deve contenere la natura e la situazione dei beni gravati; dire cioè se si tratta di case o di fondi rustici, e se questi siano lavorativi nudi, o lavorativi vitati, boschivi, olivati, piantati a vigna, o coltivati in altro modo, o sodivi a postura; e dire inoltre in quale località precisa si trovino, cioè in quale strada, se si tratta di fondi urbani, in quale frazione, se si tratta di fondi rustici; ciò per quello che attiene alla natura e alla situazione; ma la legge richiede ancora « *le indicazioni volute dall'art. 1979* »; quindi nella nota che si presenta per la iscrizione si devono indicare il comune in cui si trova l' immobile gravato, e il numero del catasto o delle mappe censuarie, dove esistono, e tre almeno dei confini dell' immobile stesso.

Tale, applicato secondo la sua lettera, è il disposto dell' art. 1987 n. 7 capov. Cod. civ. Per conseguenza per ognuno degl' immobili che si vogliono validamente colpire con il vincolo ipote-

cario si devono ripetere tutte le indicazioni suddette; per esempio: « *casa posta in via tale, nel comune tale, distinta al catasto del comune stesso dal numero di mappa tale, confinata a primo da strada tale, a secondo da Tizio, a terzo da Caio* »; oppure: « *terreno seminativo vitato con casa colonica, situato in luogo denominato così e così, nel territorio del comune tale, rappresentato dai tali numeri del catasto, confinato a mezzogiorno da Tizio, a ponente da Caio, a tramontana da Sempronio* ».

Quando la iscrizione è presa in tal modo, e le indicazioni son esatte, niun dubbio può aversi sulla identità del fondo gravato, ed è pienamente soddisfatto il voto della legge.

Ma non sempre il creditore che vuol procedere alla iscrizione di una ipoteca legale o giudiziale è a cognizione di tutti questi dati di fatto e il procurarseli tutti può cagionare una perdita di tempo fatale facendogli perdere la priorità del grado; ed anco quando si tratta d'ipoteca convenzionale, accade spesso che il costituente non è in grado di designare i suoi beni con tanta precisione, specialmente se sono molti, e situati in località diverse, e molta è l'urgenza, e gli uffici catastali sono distanti e situati in diverse località.

Per queste considerazioni il legislatore ha temperato il rigore della sua disposizione, stabilendo nell' art. 1998 Cod. civ. che la omissione o la inesattezza di alcuna delle volute indicazioni non produce la nullità fuorchè nel caso in cui induca assoluta incertezza sulla identità dei singoli beni gravati.

Parlando del titolo costitutivo della ipoteca, avemmo già occasione di premettere alcune osservazioni su questa benigna disposizione di legge (1); completeremo adesso la esposizione dell' argomento; ma lo faremo con brevissime considerazioni, perchè la

---

(1) V. Vol. I, n. 239 seg. pag. 418 seg.

materia, tutta di puro fatto, sebbene abbia grandissima importanza pratica, non consente larghe disquisizioni (1).

427. Un principio già formulato, che quì è bene ripetere, è il seguente:

La legge parla di mancanza o inesattezza « *di alcuna delle volute indicazioni* »; se tutte quante mancassero, o tutte quante fossero inesatte, l'iscrizione non potrebbe essere dichiarata valida senza commettere una manifesta violazione dell' art. 1998 cod. civ. Per quanto debba ritenersi che i magistrati emettono generalmente, in questa materia, dei giudizi di puro fatto, incensurabili in sede di cassazione (2), la sentenza che ritenesse valida una iscrizione ipotecaria mancante di tutte quante le indicazioni volute dalla legge, o inesatta e sbagliata in tutte, sarebbe fondata sopra un errore giuridico, e dovrebbe per conseguenza essere annullata, quando fosse impugnata col mezzo straordinario del ricorso per violazione di legge (3).

Così per esempio la corte d' appello di Casale aveva deciso non esservi assoluta incertezza sui beni gravati dalla ipoteca, e non esservi per conseguenza nullità, quando la ipoteca era concessa ed iscritta « *su tutti i beni posseduti dal debitore in un determinato comune* », specialmente perchè la concessione era accompagnata dalla dichiarazione di non possedere altri beni in comuni

(1) Sono innumerevoli le decisioni che la patria giurisprudenza ha avuto occasione di emettere in applicazione dell' art. 1998 cod. civ. in relazione agli art. 1979 e 1987 n. 7 capov. dello stesso codice; ma sono decisioni di puro fatto, che ci limiteremo a raggruppare in modo sommario, non comportando la natura dell' argomento una analitica e minuziosa esposizione che si risolverebbe in una casistica altrettanto sterile quanto inopportuna.

(2) Cass. Torino, 28 luglio 1885, *Giur. tor.*, XXII, 672; Cass. Roma, 10 marzo 1887, *Corte supr. Roma*, XII, 646; Cass. Roma, 18 aprile 1888, *Legge*, XXIX, 1, 256.

(3) Cass. Torino, 6 settembre 1872, *Giur. tor.*, X, 19.

diversi (1); ma la corte suprema di Torino cassò la sentenza, la quale, per quanto contenesse un giudizio di fatto, era però fondata sopra un manifesto errore di diritto costituente violazione dell'art. 1998 cod. civ. (2).

In altro caso la corte d'appello di Venezia aveva preteso di desumere la identificazione dei beni ipotecati dai soli numeri catastali; ma la corte suprema fiorentina cassò la sentenza, dicendo che in essa si era assunto un compito impossibile e si erano violati i principii risultanti dagli articoli 1979 e 1998 cod. civ. (3).

428. Il legislatore ha con la disposizione dell'art. 1998 cod. civ. manifestato il lodevole intendimento di evitare quistioni inutili e di favorire la efficacia della iscrizione, più tosto che esigere con soverchio rigorismo tutte le minuziose indicazioni richieste pel combinato disposto degli articoli 1979 e 1987, n. 7 capov. cod. civ. (4); per questo si nota nella giurisprudenza italiana una corrente assai pronunziata nel senso di escludere la nullità quando le indicazioni contenute nella iscrizione, per quanto in parte inesatte ed incomplete, sono però sufficienti ad escludere quella incertezza assoluta che sola può indurre i terzi in inganno e toglier loro il modo di verificare la condizione giuridica di un determinato immobile (5).

In questo senso fu deciso, a parere nostro giustamente:

1.° Che l'omessa indicazione dei confini, e dei numeri del catasto, non induce nullità quando ogni incertezza è eliminata

---

(1) Casale, 7 giugno 1884, *Giur. cas.*, IV, 273.

(2) Cass. Torino, 31 decembre 1884, *Giur. tor.*, XXII, 153.

(3) Cass. Firenze, 26 aprile 1888, *Legge*, XXVIII, II, 224.

(4) Casale, 12 febbraio 1868, *Giur. it.*, XX, II, 104.

(5) Fra le decisioni benigne che possono ricordarsi ad esempio della tendenza manifestata dalle patrie corti sono da citare le seguenti: Casale, 18 febbraio 1865, *Giur. tor.*, V, 328; Torino, 6 marzo 1869, *Giur. tor.*, V, 259; Torino, 3 ottobre 1872, *Giur. tor.*, X, 57; Palermo, 28 decembre 1874, *Circ. giur.*, VI, 110.

dalle altre enunciazioni che fanno palese quale sia realmente il fondo gravato (1);

2.° Che la indicazione della via dove si trova la casa ipotecata e dei proprietari della medesima può servire a escludere ogni dubbio intorno alla identità del fondo ipotecato, e però deve reputarsi valida la iscrizione che contiene la indicazione stessa, a tenore dell' art. 1998 cod. civ., quantunque non conforme al disposto dell'art. 1979 stesso codice (2);

3.° Che la inesattezza occorsa nella indicazione dei numeri di mappa non pregiudica la iscrizione, quando le altre indicazioni sono sufficienti a identificare il fondo gravato ed escludono perciò la incertezza assoluta (3);

4.° Che la inesatta o meno completa indicazione dei fondi non produce la nullità della ipoteca costituita sui medesimi, se non quando ne rende impossibile la identificazione (4).

429. Bisogna guardarsi però dallo spingere all' eccesso questa tendenza: avvertimmo già nel primo volume, parlando del contenuto del titolo costitutivo, che non sarebbe sufficiente la designazione dei fondi gravati fatta con la formula « *tutti quelli che il debitore possiede in un dato comune* » (5). Ciò è tanto più da ripetersi per la iscrizione; essendo la iscrizione che serve a far conoscere ai terzi la esistenza del vincolo ipotecario, la sua esten-

---

(1) Torino, 18 giugno 1877, *Giur. tor.*, XIV, 635; Genova, 6 agosto 1892, *Temi gen.*, 1892, 548; Casale, 20 luglio, 14 novembre 1885, *Giur. cas.*, V, 264, VI, 3; Roma, 8 maggio 1886, *Temi rom.*, VI, 296; Venezia, 4 novembre 1886, *Annali di giur. it.*, XX, III, 496; Cass. Torino, 23 decembre 1886, *Giur. tor.*, XXIV, 124.

(2) Torino, 21 novembre 1876, *Giur. it.*, XXIX, 575.

(3) Venezia, 11 decembre 1878, *Giur. it.*, XXX, 210.

(4) Roma, 30 decembre 1893, *Temi rom.*, 1893, 454.

(5) Vol. I, n. 240, pag. 420 e seg. con le decisioni ivi citate in nota, alle quali è da aggiungere: Lucca, 17 novembre 1888, *Annali di giur. it.*, XIV, III, 346.

sione, i beni che ne sono colpiti, una ipoteca presa con una simile espressione generica, o con altra equivalente, non risponde ai precetti di pubblicità e di specialità proclamati dal legislatore.

D' altra parte se la omissione e la erronea enunciazione dei confini o dei numeri catastali costituiscono una semplice irregolarità, che non influisce sulla validità della iscrizione, quando per le altre enunciazioni contenute nel titolo costitutivo e nella nota i fondi gravati possono egualmente identificarsi, vi sono invece degli errori che producono necessariamente la nullità, quantunque la iscrizione contenga tutte le altre enunciazioni volute dalla legge. Vogliamo alludere alla errata indicazione del comune nel quale sono situati i beni colpiti dalla ipoteca: essendo indicato un comune diverso da quello in cui i beni gravati sono posti realmente, la indicazione della natura dei beni, dei numeri del catasto, dei loro confini, non basta a salvare la ipoteca dal vizio d' incertezza assoluta e per conseguenza dalla nullità espressamente comminata dalla legge.

In questo senso la corte d' appello di Torino ebbe recentemente a decidere, revocando una contraria sentenza del tribunale di Alba, che la erronea indicazione del comune in cui i beni sottoposti a ipoteca sono situati, produce la nullità dell' iscrizione nei rapporti coi terzi posteriormente iscritti (1); dato infatti che sia richiesto il certificato delle iscrizioni esistenti sopra lo stabile di un dato debitore distinto al catasto del comune di Portici col numero 700, confinato da Tizio, Caio e Sempronio, il conservatore non comprenderà nel certificato stesso le ipoteche gravanti lo stabile di quel debitore, contenenti quel numero catastale e quei precisi confini, se nella iscrizione sarà detto per errore che

(1) Torino, 13 giugno 1893, *Mon. trib. mil.*, 1893, 735: la sentenza di primo grado revocata dalla corte d' appello è inserita nella stessa annata del citato periodico, pag. 254.

quello stabile è posto nel comune di S. Giovanni a Teduccio; si avrà, per ciò solo, quella incertezza assoluta che è cagione di nullità.

Se invero la indicazione del comune non fosse errata, ma fosse omessa, la iscrizione potrebbe salvarsi, perchè i terzi non sarebbero fuorviati nelle loro ricerche dalla erronea indicazione del comune, e potrebbero desumere la identità del fondo gravato dalle altre indicazioni. Quindi, mentre abbiamo approvato la surriferita decisione della corte d'appello di Torino, possiamo, senza contradirci, approvarne un'altra della corte d'appello di Brescia, la quale ritenne che la omissione della indicazione del comune sul quale i beni sono situati, non porta nullità, purchè possa farsene la identificazione con gli altri dati emergenti dall'atto costitutivo e dalla nota (1).

Quello che in proposito affermiamo può parere a prima vista un paradosso, ma non lo è; l'errore porta fuori di strada e fa ritenere libero l'immobile gravato; la omissione invece lascia incerto chi si fa ad ispezionare il registro delle formalità, lo costringe a preoccuparsi delle altre indicazioni, e gli offre il modo di scoprire la identità dell'immobile: il conservatore può omettere in un certificato la iscrizione che sembra colpire un immobile situato in un comune diverso; ma non omette certamente la iscrizione nella quale manca la indicazione del comune, ed è per conseguenza evitato in questo caso il pericolo che si verifica nel caso diverso della errata indicazione.

430. Ben pochi sono i principii generali che possono formularsi in questa materia tutta di fatto e per ciò rilasciata al prudente arbitrio del giudice, il quale può e deve modificare caso per caso il suo giudizio secondo le particolari circostanze, variabili all'infinito, e non prevedibili in un trattato senza correre il rischio di convertirlo in una mera casistica.

---

(1) Brescia, 22 aprile 1874, *Mon. Trib. Mil.*, XV, 582.

Crediamo ciò non ostante di poter formulare i due principii seguenti:

1.° La iscrizione deve corrispondere al titolo costitutivo, quando questo esiste, quando cioè si tratta d'ipoteca convenzionale;

2.° Essa deve fornire gli elementi occorrenti per la identificazione dei beni gravati senza che possano ammettersi prove estrinseche per compiere o completare tale identificazione.

Il primo dei suesposti principii si applica alle ipoteche convenzionali; non giova che un fondo sia gravato d'ipoteca nel titolo costitutivo se la sua descrizione non è ripetuta nella iscrizione; ma viceversa, non giova neppure che la iscrizione lo designi, se dall'esame del titolo costitutivo non risulta chiaramente e indubbiamente la volontà di ipotecarlo (1).

Nelle ipoteche giudiziali, che possono essere iscritte su tutti i beni del debitore, tanto presenti quanto futuri, con la sola restrizione che riguardo a questi ultimi è arrecata dall' art. 1986 cod. civ., per conoscere della efficacia di una iscrizione per ciò che riguarda i beni gravati, l'unica ricerca da compiersi è quella che consiste nel determinare se i beni compresi nella medesima spettavano già e spettavano sempre al debitore al momento in cui la iscrizione fu presa; ma nella ipoteca convenzionale è necessaria un' altra ricerca, quella cioè che consiste nel conoscere se

---

(1) Cass. Torino, 8 agosto 1881, *Giur. it.*, XXXIV, I, 82. Sulla questione analoga se sia valida l' ipoteca quando l'atto costitutivo non contiene specifica designazione dei beni, ma si riferisce ad altri documenti, può consultarsi utilmente la sentenza della corte d'appello di Modena, 30 luglio 1881 (*Foro it.*, VI, 850) la quale, contradicendo apparentemente le decisioni da noi citate al Vol. I, n. 240 pag. 421 testo e nota 2, decide essere valida l' ipoteca se l' atto costitutivo si riferisce per la descrizione dei beni a certificati ipotecarii allegati al medesimo; ma la contradizione non sussiste, perchè in quel caso i certificati, essendo allegati all' istrumento, restavano negli atti del notaio, e ne formavano parte integrante.

il debitore manifestò chiaramente la intenzione di sottoporli ad ipoteca.

Le ipoteche legali tengono per questo speciale riguardo un posto intermedio fra le altre due; in alcune di esse ne sono colpiti tutti i beni che appartengono al debitore al momento in cui si verifica il fatto che dà titolo per iscriverle in virtù di legge; in altre invece ne sono colpiti beni determinati; nel primo caso la iscrizione può farsi efficacemente su tutti; nel secondo su quelli soltanto che la legge contempla espressamente.

Il primo caso si verifica nella ipoteca legale dello Stato (art. 1969 n. 5 Cod. civ.), in quella della moglie (art. 1969 n. 4), in quella del minore e dell'interdetto (art. 1969 n. 3), quando queste ultime due non siano state ristrette a beni particolari; il secondo nelle ipoteche legali dell'alienante e del condividente (art. 1969 n. 1 e 2) che rispettivamente colpiscono i beni alienati o assegnati al condividente debitore.

Però, anco in questo ultimo caso, la corrispondenza della iscrizione col titolo costitutivo non è così obbligatoria come nella ipoteca convenzionale, perchè il vincolo ipotecario deriva dalla legge non dalla volontà del debitore; per questo è stato deciso, e con ragione, che può iscriversi la ipoteca legale dall'alienante per garanzia degli obblighi assunti dall'acquirente con l'atto di alienazione, per quanto l'atto stesso non contenga specifica designazione dei beni alienati; soltanto in questo caso speciale l'iscrivente sarà tenuto a provare, anche con mezzi estrinseci, la identità dei beni sui quali pretende esercitare l'azione ipotecaria, con quelli nei quali aveva titolo per iscrivere ipoteca in virtù del disposto di legge (1).

---

(1) Cass. Torino, 15 aprile 1894, *Giur. tor.*, 1894, 457. Nel caso si trattava di una cessione di quota ereditaria. Tale cessione è valida per quanto concepita in termini generici, sebbene comprenda una quota di beni immobili, e l'alienante può iscrivere la ipoteca legale su questa quota, specificandone

Il secondo dei suesposti principii è una diretta conseguenza della specialità; l'oggetto colpito dalla iscrizione deve chiaramente resultare dai registri, nè può essere lecito ricorrere a perizie (1), o a prove testimoniali (2), per identificarlo, nè può bastare a tale oggetto il confronto del titolo costitutivo, nel quale la incertezza non si verifichi, nè quello della nota restituita al creditore (3).

Per eccezione è ammesso che possa ricorrersi a perizie o ad altre prove estrinseche in caso di mutazione sopravvenuta posteriormente all'epoca della iscrizione, che dia luogo a dubitare della

---

il contenuto nella iscrizione; ma la corte giustamente osservò che alle note in forza delle quali la iscrizione è stata presa, i terzi non sono tenuti a prestare maggior fede di quella che meriti un' altra qualsiasi dichiarazione di parte in causa propria; e che per conseguenza, in caso di contestazione, il creditore non può esimersi dal provare altrimenti che col confronto del titolo la identità dei beni gravati con quelli che potevano esserlo per disposto di legge.

(1) Genova, 24 gennaio 1893, *Giurista*, 1893, 57.

(2) Torino, 11 luglio 1893, *Giur. it.*, 1893, 456.

(3) Casale, 16 settembre 1892, *Giur. it.*, 1892, 612. In questa importante decisione la corte ebbe occasione di dichiarare appunto che la inesatta indicazione del territorio producente incertezza assoluta sulla identità dei beni porta nullità, senza che possa ricorrersi ad altri mezzi di prova, quantunque l' errore e la conseguente incertezza non si verifichino nel titolo costitutivo e nella nota rimasta al creditore. In un caso speciale la corte di cassazione di Torino ritenne che di fronte alla incertezza assoluta della iscrizione il magistrato può tenere conto del titolo costitutivo senza violare l' articolo 1130 cod. civ. per lo specioso motivo che se il contratto, come fonte di vincolo giuridico, non ha effetto nè a vantaggio nè a pregiudizio dei terzi estranei al medesimo, può però essere consultato in quanto può giovare a constatare il fatto puro e semplice che l' ipoteca colpisce un determinato fondo (sentenza del 6 aprile 1883, *Giur. tor.*, 1883, 480); ma la decisione non è meritevole di approvazione; se la iscrizione non serviva a identificare l' immobile gravato, non si poteva ricorrere al titolo costitutivo, non già pel principio dell' articolo 1130 cod. civ. bensì pel principio ben diverso dell' articolo 1965 stesso codice, che l' ipoteca non può sussistere se non sopra beni specialmente indicati.

identità dei beni gravati (1); e ciò perchè il creditore ha facoltà di far constare mediante opportune rettifiche di queste mutazioni, ma non è obbligato a farlo, nè la iscrizione perde la sua efficacia per avere trascurato questa utile ma non indispensabile cautela (2).

431. Termineremo la esposizione di questo importante argomento osservando, che non ostante l'accennata tendenza a restringere il concetto della incertezza intorno alla identità dei beni gravati, e conseguentemente i casi di nullità della iscrizione ipotecaria, non mancano decisioni nel senso della nullità. Così per esempio fu deciso che la sola menzione dei numeri catastali non basta a supplire alla mancata identificazione degl' immobili (3); fu deciso pure essere inefficace la ipoteca iscritta sopra una casa, se nella iscrizione non sono indicati, oltre la sezione, il numero catastale ed i confini, specialmente se la casa non formava un corpo distinto, ma faceva parte di un maggior fabbricato (4); ma le decisioni nel senso della nullità sono pochissime, mentre innumerevoli sono quelle che proclamano la validità delle iscrizioni, sempre che alcuna delle volute indicazioni vi si contenga e

---

(1) Cass. Torino, 31 decembre 1887, *Annali di giur. it.*, 1888, I, I, 347. « Non dubitandosi della regolarità ed esattezza, sia dei titoli sia delle iscri- « zioni ipotecarie, in ordine alla indicazione dei fondi, ma trattandosi sempli- « cemente di dissipare incertezze sulla identità dei fondi gravati sorte per mu- « tazioni a cui siano andati soggetti dall' epoca della iscrizione, non è vietato « di ricorrere a mezzi estrinseci per accertarne la identità »; nella specie fu detta ammissibile una perizia per conoscere se un dato immobile venduto all' asta pubblica fosse veramente quello che dicevasi colpito da una data iscrizione.

(2) La legge non obbliga a segnare sui libri ipotecarii i cambiamenti cui va soggetto un immobile durante la vita dell' ipoteca. Una variazione anche sostanziale di cultura è indifferente. Casale, 21 gennaio 1882, *Giur. cas.*, II, 250.

(3) Firenze, 15 ottobre 1888, *Giur. it.*, 1889, I, 1, 213; Cass. Firenze, 26 aprile 1888, *Legge*, 1888, II, 224.

(4) Torino, 31 luglio 1866, *Annali di giur. it.*, I, II, 312.

sia esattamente enunciata (1). Ed a ragione; perchè i terzi devono essere posti in guardia anche da una iscrizione che non contiene tutte le indicazioni richieste dalla legge: ritenendo che ne sia colpito l' immobile del quale vogliono conoscere la situazione, e intorno al quale si propongono di contrattare, fino a che non sia chiaramente dimostrato che ne è colpito un immobile diverso, evitano ogni danno e sono sicuri di non essere tratti in errore.

B.

Altri requisiti.

SOMMARIO

432. Indicazione del nome del creditore — 433. Principii da ammettersi in proposito — 434. Domicilio reale e domicilio eletto. Perchè richiesti ambedue nell' iscrizione — 435. Elezione di domicilio. Suo scopo. Effetti della sua mancanza. — 436. L'elezione di domicilio deve comprendere il luogo e la persona — 437. Variazione del domicilio eletto — 438. Sua cessazione — 439. Indicazione del titolo costitutivo della ipoteca — 440. Confutazione di una sentenza della Cassazione di Firenze — 441. Contenuto della suddetta indicazione — 442. Menzione degl' interessi e delle annualità del credito, e del tempo della esigibilità.

432. Fra gli altri requisiti delle note ipotecarie, che dicemmo non essenziali come quelli superiormente presi in esame, e che devono per conseguenza essere governati con norme meno

---

(1) Milano, 23 luglio 1894, *Mon. trib. Mil.*, 1894, 779; Genova, 9 giugno 1890, *Temi gen.*, 1890, 494; Torino, 2 settembre 1867, *Giur. tor.*, IV, 651. Non abbiamo reputato opportuno citare in questa materia gli scrittori nostri, i quali si limitano a dire che la enunciazione della natura e della situazione dei beni gravati con le indicazioni volute dall' art. 1979 è essenziale affinchè i terzi possano conoscere quali sono i beni colpiti dalla ipoteca (Pochintesta, *op. cit.*, II, 292), e che la enunciazione stessa si riferisce al carattere inderogabile dell' odierna specialità ipotecaria (Melucci, *op. cit.*, Lez. XIII, n. 9). V. Ancora Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 194; Borsari, *Commento*, § 4219; 9; Ricci, *op. cit.*, X, 212.

rigorose di quelle che abbiamo visto applicarsi ai medesimi, è in primo luogo da annoverare la indicazione del creditore in nome del quale la ipoteca viene iscritta.

La legge, per vero, richiede questa indicazione insieme a quella del debitore, quasi ponendola nella stessa linea; infatti il n. 1 dell'art. 1987 cod. civ. dispone che le note anzi tutto devono contenere « *il nome, il cognome, il domicilio o la residenza del creditore e del debitore, e la loro professione, se ne hanno, come pure il nome del padre loro* »; e l'art. 1889 cod. civ., parlando di quella incertezza assoluta che produce nullità dell' iscrizione, parla egualmente dell' uno e dell' altro.

Ciò non di meno noi non abbiamo esitato un momento a porre la indicazione del debitore fra i requisiti essenziali, e quella del creditore fra gli altri di minore importanza, perchè se da un lato è innegabile che non sarebbe iscrizione valida quella che non contenesse indicazione alcuna del creditore in vantaggio del quale è stata presa, è d'altro lato innegabile che la indicazione del creditore non è da giudicarsi con lo stesso rigore con la quale abbiamo visto doversi giudicare la indicazione del debitore contro il nome del quale si compiono le ispezioni e si rilasciano gli stati ipotecarii (1).

Una iscrizione può essere dichiarata nulla, e lo abbiamo dimostrato, se è sbagliata una semplice lettera nella enunciazione del cognome del debitore, o se è erroneamente designata la sua paternità; chi oserebbe dire lo stesso quanto alla indicazione del creditore?

I terzi hanno diritto di sapere quali ipoteche gravano sul fondo A o sul fondo B di proprietà di Tizio, e per qual somma;

---

(1) Giustamente osserva il PONT (*op. cit.*, XI, 969) che la designazione del creditore non è una delle formalità necessarie alla validità dell' iscrizione perchè le inesattezze o le omissioni che in proposito possono verificarsi « *n' ont pas lésé un intérêt que la publicité devait éclairer* ».

ma se il creditore è Dori o Dari, se suo padre è Paolo o Carlo, è cosa per essi completamente indifferente. Il creditore ha interesse di essere esattamente designato nella iscrizione, onde gli atti pei quali si fa luogo al giudizio di graduazione, tanto nel caso di vendita coatta, quanto nel caso di vendita volontaria, susseguita da giudizio di purgazione, gli pervengano regolarmente; ma se la designazione è inesatta, e se per questo la notificazione non ha luogo, mentre il creditore non potrà lagnarsi di questa irregolarità, i terzi non potranno opporsi alla sua collocazione, secondo il suo grado, quando egli presenti temporaneamente la sua domanda.

La giurisprudenza è in questo senso: fu deciso infatti che ciò che importa ai terzi, più che il nome del creditore, è la esistenza e la entità del credito e la precisa designazione dei beni gravati (1): e fu per conseguenza ritenuto che l'avere indicato nella iscrizione il nome del creditore originario, anzi che quello del suo erede, non porti nullità (2), e che debba aversi per valida l'iscrizione di un'ipoteca presa a favore della massa dei creditori, se bene non vi siano enunciati i nomi (3).

In certi casi la enunciazione del creditore con le indicazioni volute dall' art. 1987, n. 1 cod. civ. può essere assolutamente impossibile, come se l' ipoteca fosse presa a favore dei figli nascituri di una persona determinata, i quali, potendo essere istituiti eredi (art. 164 capov. cod. civ.), possono avere dei crediti da garentire. La iscrizione a favore dei figli nascituri di Tizio, sarebbe indubbiamente valida senza ulteriore indicazione (4).

---

(1) Venezia, 22 novembre 1877, *Giur. it.*, XXIX, I, 2, 467.

(2) Stessa decisione. Nello stesso senso PACIFICI-MAZZONI (*op. cit.*, I, 191) così si esprime: « Se poi sia defunto il creditore, nell' iscrizione potrà egualmente indicarsi la persona di lui, oppure dei suoi eredi, individualmente designati ».

(3) Firenze, 6 luglio 1877, *Annali di giur. it.*, XI, III, 209.

(4) Ciò si argomenta da una sentenza della cassazione di Torino del 7 mag-

433. Tuttavia non è da ammettersi quello che commentando il codice francese insegna il Pont, sulla scorta di altri autorevoli scrittori, che cioè, essendo la designazione del creditore utile ma non indispensabile, la iscrizione nella quale fosse assolutamente omessa non cesserebbe per questo di prendere la sua data ed il grado che ne deriva (1). Quanto siamo disposti all' indulgenza riguardo ad una indicazione incompleta ed anco errata in taluno dei suoi elementi, altrettanto siamo alieni dal credere che una iscrizione la quale non contiene traccia alcuna della indicazione volnta dalla legge, possa ciò non ostante prendere il suo grado e spiegare il suo effetto utile.

Questa soluzione è sotto l' impero del codice civile italiano confortata dal disposto dell' art. 1998; perchè se la omissione o la inesattezza nella indicazione del creditore non produce nullità quando non induce assoluta incertezza sulla persona di lui, è evidente che la nullità è comminata dalla legge nel caso opposto quando cioè si verifica quella incertezza assoluta che il legislatore ha voluto evitare.

Ammettiamo pertanto che l' ipoteca che sta a garentire un credito ceduto possa indifferentemente essere iscritta a nome del cedente o del cessionario, essendo del tutto indifferente pei terzi

---

gio 1870 (PACIFICI-MAZZONI. *Rep. gen.* V. Ipoteca, n. 251) nella quale fu detto che la ipoteca iscritta a favore della prole nascitura di una persona determinata, non può estendersi a favore della prole nascitura di altra persona, stata dal testatore sostituita in difetto della prima, se nell' iscrizione non ne fu fatta parola.

(1) PONT, *op. cit.*, XI, 969: « Disons-le donc: la désignation du créancier, « quoique utile dans l' inscription, n' est pas cependant indispensable; et com- « me elle n' est pas un élément nécéssaire de la publicité, l' inscription qui « n'en porterait pas même la trace, n' en vaudrait pas moins, pour donner à « l'hypothèque et sa date et son rang ». In questo senso TARRIBLE, GRENIER, TOULLIER, MERLIN, ZACHARIAE, DELVINCOURT, TAULIER, TROPLONG. Contro: PERSIL, DURANTON, SOLON.

che il credito spetti all' uno o all' altro; chi poi comparirà nel giudizio di graduazione dovrà giustificare la proprietà del credito con la esibizione dei documenti relativi. Ammettiamo pure che l'iscrizione presa per conservare la ipoteca spettante a una società o ad una ditta, sia valida quando enunci la ditta o la ragione sociale, senza bisogno di ripetere i nomi dei singoli soci o dei singoli interessati. Ammettiamo finalmente la validità della iscrizione presa a favore degli eredi collettivamente designati col nome e cognome del loro autore (1). Ma non crediamo si possa andare più oltre, e che possa farsi a meno di qualunque designazione del creditore a favore del quale l' iscrizione è presa. Mancando siffatta designazione in modo assoluto, non è questione di validità o di invalidità, è questione d'inesistenza, perchè una ipoteca in tanto sussiste in quanto esiste ed è nota la persona a cui favore è presa la relativa iscrizione.

Il contrario non potrebbe argomentarsi dal capoverso dell' art. 1998 cod. civ. pel quale « in caso d' altra omissione o inesattezza, se ne può ordinare la rettificazione ad istanza e a spese della parte interessata » ; le altre omissioni o inesattezze sono quelle che non inducono incertezza assoluta sulla persona del creditore o del debitere, o su quella del possessore del fondo gravato, quando ne è necessaria la indicazione, o sulla identità dei singoli beni gravati, o sull'importare del credito: qui vi sarebbe incertezza assoluta sulla persona del creditore, e quindi nullità della iscrizione; non sarebbe il caso della semplice rettificazione, ma il caso di procedere a nuova iscrizione, la quale non potrebbe prendere grado se non dal momento in cui fosse stata eseguita.

434. Fra le indicazioni richieste, quanto alla persona del creditore, nel n. 1 dell' art. 1987 cod. civ., vi è il domicilio o

---

(1) Sono altrettante risoluzioni propugnate dal PONT (*op. cit.*, XI, 963), che cita in questo senso varie decisioni dei tribunali francesi.

la residenza reale, da non confondersi con il domicilio eletto di cui è parola nel n. 2 dello stesso articolo.

Pel retto svolgimento dell'istituto ipotecario è utile che sia conosciuto tanto il domicilio eletto, quanto il domicilio o la residenza reale, perchè certe azioni si propongono al domicilio eletto, al quale si fanno pure le notificazioni relative alle iscrizioni ipotecarie, mentre certe altre azioni, e segnatamente quelle di riduzione o di cancellazione promosse dal debitore, si propongono con citazione nei modi ordinari stabiliti dal codice di procedura civile e per conseguenza al domicilio reale o alla residenza effettiva del creditore iscritto (art. 1999 cod. civ.).

La indicazione dell'uno e dell'altro domicilio è pertanto utile, in quanto le citazioni e notificazioni promesse dai terzi si fanno al domicilio eletto; quelle promesse dal debitore si fanno invece al domicilio reale o alla residenza del creditore; ma la omissione dell'una o dell'altra indicazione non porta nullità; omesso il domicilio eletto, le citazioni e notificazioni possono farsi all'uffizio delle ipoteche presso cui la iscrizione fu presa; omesso il domicilio reale, la iscrizione può essere rettificata secondo la disposizione dell'art. 1998 capov. cod. civ.

435. Ciò apre l'adito a parlare del secondo requisito non essenziale della nota ipotecaria, che è appunto l'indicazione del domicilio che sarà eletto per parte del creditore nella giurisdizione del tribunale da cui dipende l'uffizio delle ipoteche (art. 1987 n. 2 cod. civ.).

La elezione è richiesta onde i terzi interessati a notificare al creditore ipotecario il bando di vendita coatta (art. 668 cod. proc. civ.), la domanda di purgazione (art. 2043 cod. civ.), o altro qualsiasi atto procedurale, a cui la iscrizione può dar luogo, sappiano con certezza dove la notificazione deve essere eseguita; ma la formalità non è sostanziale, perchè in mancanza di elezione di domicilio le notificazioni si fanno validamente, come di

sopra fu avvertito, all' ufficio ipotecario (art. 1999 cod. civ.): se il creditore non ne ha conoscenza, se per questo non giunge in tempo a domandare collocazione del suo credito, o a presentare la offerta di rincaro nel giudizio di purgazione, o a tutelare altrimenti il suo interesse, deve imputarlo a sè medesimo, per non avere eletto nella iscrizione un domicilio nel quale si trovasse persona incaricata di fargli pervenire prontamente le notificazioni ivi eseguite.

Fu deciso in coerenza al suesposto principio che la elezione di domicilio non è nella iscrizione ipotecaria sostanziale, e che, per conseguenza, la iscrizione sussiste quantunque manchi tale elezione (1); che la formalità ha lo scopo di facilitare le notificazioni necessarie nei giudizi di graduazione e di purgazione, senza che per questo la legge tolga efficacia alle notificazioni fatte alla persona (2); che la elezione è prescritta unicamente allo scopo di cui all' art. 1999 cod. civ., ma non deroga alle norme della ordinaria competenza (3); che l' articolo ultimamente citato non esclude che le notificazioni possono farsi al domicilio reale dei creditori iscritti (4).

Infatti si tratta di un benefizio introdotto a favore dei terzi, al quale i medesimi possono rinunziare, senza che possa lagnarsene il creditore notificato, il quale ha nella notificazione fatta al suo domicilio, o alla sua residenza reale, l' ottima delle garenzie (5). Ciò non ostante la più volgare prudenza consiglia co-

---

(1) Cass. Torino, 12 giugno 1869, *Giur. tor.*, V, 457.

(2) Torino, 6 aprile 1877, *Giur. tor.*, XIV, 159.

(3) Genova, 4 luglio 1892, *Annali di giur. it.*, 1892, III, 390.

(4) Cass. Roma, 17 maggio 1882, *Annali di giur. it.*, XVI, I, I, 178.

(5) Nell' ultima delle citate decisioni la corte regolatrice romana ricorda il noto principio « *unicuique licet, quod pro se introductum est deserere* », non che la regola della L. 25 D. *de legibus* che vieta di convertire in danno il favore della legge. La corte fu condotta a decidere nel senso suaccennato dal

loro che hanno da fare notificazioni in ordine all' art. 1999 cod. civ. ad attenersi strettamente alle norme tracciate da questo articolo; una notificazione fatta in modo diverso può dar luogo a quistioni, che possono facilmente essere evitate notificando al domicilio eletto: il creditore che ha eletto domicilio nella iscrizione, e che riceve la notificazione al domicilio reale o alla residenza in persona propria, non può certamente allegare la ignoranza o la irregolarità; ma se la notificazione è fatta a persona diversa, comunque convivente, possono sorgere questioni alle quali la notificazione fatta al domicilio eletto, o in mancanza all' uffizio delle ipoteche, non avrebbe dato luogo.

436. La elezione di domicilio, per essere valida, deve contenere la indicazione del luogo e quella della persona presso la quale si elegge. La semplice indicazione della persona non basterebbe, perchè i terzi non sono obbligati a istituire indagini, spesso difficili e costose, per conoscere dove la persona risiede, e dove per conseguenza devono farsi le notificazioni; ma non basterebbe neppure la indicazione del comune ove si elegge domicilio, senza una più specifica designazione, perchè non sarebbe soddisfatto il voto della legge.

La corte di cassazione di Firenze ebbe non ha guari occasione di fissare a questo riguardo la massima seguente: « l' elezione di domicilio richiesta nelle note ipotecarie dall' art. 1987

---

fatto che nella specie sottoposta al suo giudizio non si trattava di una delle notificazioni contemplate dall' art. 1999 cod. civ., ma di notificazione relativa a giudizio di divisione al quale doveva procedersi, ai sensi dell'art. 2077 stesso codice, prima di fare la subastazione; la corte ritenne che tale notificazione trovasse la sua ragione di essere nel credito, non nella iscrizione che stava a garantirlo; ma il principio non può essere generalizzato perchè nei casi degli articoli 2043 cod. civ. e 668 cod. proc. civ. le notificazioni devono essere fatte al domicilio eletto o alla *persona stessa* del creditore iscritto, altrimenti sono nulle. MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XIII, 4.

« n. 2 cod. civ. per essere valida deve indicare il comune dove « il domiciliato risiede » (1). La corte d'appello di Venezia aveva ritenuto irresponsabile il conservatore per non avere riportato nel registro particolare delle iscrizioni una elezione di domicilio incompleta, perchè contenente il nome del domiciliatario, ma non il luogo della sua residenza; aveva in proposito osservato che quella elezione di domicilio, quantunque riportata nella iscrizione, avrebbe dovuto considerarsi come non scritta, e la notificazione avrebbe dovuto egualmente eseguirsi all'uffizio delle ipoteche (2). La parte succumbente impugnava questa sentenza in sede di cassazione, sostenendo che alla elezione di domicilio voluta dalla legge per la più facile notificazione degli atti giudiziali, basta la indicazione di una persona privata qualunque, perchè ogni persona avendo un luogo di domicilio, la indicazione della persona importa necessariamente anco quella del luogo dove la medesima è domiciliata. Ma la corte suprema non ritenne questa deduzione meritevole di accoglienza. « Per quanto non possa negarsi, disse « la corte, che ogni persona abbia un domicilio, pure allorquando « la legge impone la elezione di un domicilio per facilitare la « notificazione degli atti giudiziali, è elemento sostanziale al pre« cetto della legge che sia indicato il luogo in cui il domicilio « si elegge, e nel quale siano rilasciati appunto senza difficoltà, « nè indagini, nè incertezze, gli atti da notificare. Se il domi« cilio viene eletto presso un terzo, la indicazione del luogo e « del comune in cui la persona del domiciliatario si trova è ne« cessaria per conseguire lo scopo voluto dalla legge, che è quello « che per la notificazione degli atti al domicilio eletto si proceda « speditamente senza indagini nè incertezze; lo che non avver-

(1) Cass. Firenze, 14 luglio 1891, *Foro it.*, 1891, I, 1032. È la stessa sentenza citata sopra al n. 360, pag. 70, nota, per la parte riguardante la responsabilità del conservatore.

(2) Corte d'appello di Venezia, 24 luglio 1889, *Giur. it.*, 1889, 715.

« rebbe se bastasse indicare la persona del domiciliatario e fosse « costretto il notificante a ricercare il luogo del domicilio. Per « le regole generali di diritto il concetto di domicilio riunisce « la idea di luogo e di persona: l'art. 16 cod. civ. dispone che « il domicilio civile di una persona è nel luogo in cui essa ha la « sede principale dei proprii affari; e poichè per le leggi vigenti la « residenza dei cittadini risulta dai registri di anagrafe di ciascun « comune, e si trasferisce da un comune all' altro mediante la « doppia dichiarazione all' uno e all' altro, come dispone l' art. 17 « del codice stesso, perciò basta la indicazione del comune per « accertare il luogo del domicilio; e può il comune essere in- « dicato espressamente o implicitamente designando un luogo si- « tuato notoriamente in un dato comune. È un' applicazione di tali « principii quanto è disposto negli articoli 80 e 2044 cod. civ. « i quali, mentre impongono la elezione di domicilio, vogliono « che si indichi il comune dove si elegge. Nè diversamente di- « spone l' art. 40 cod. proc. civ. invocato dal ricorso; esso di- « stingue la elezione di domicilio all' effetto della competenza, da « quella avente lo scopo della notificazione degli atti: per la prima « basta la indicazione di un comune, ossia del luogo; ma per « la seconda occorre designare il luogo e la persona che s' inca- « rica di ricevere gli atti per colui che la nomina. La necessità « di indicare il comune del domicilio elettivo è imposta da molte « altre disposizioni del codice di proc. civ. tanto per la elezione « volontaria, quanto per quella obbligatoria per legge: alla prima « si riferisce l' art. 134 n. 5, alla seconda appellano gli art. 393, « 408, 563, 676, 848 in fine, 866 ed altri. — Nè a sostegno del- « l' assunto dell' istituto pio ricorrente può invocarsi l' art. 140 « dello stesso codice: questo parla dei casi nei quali il domi- « cilio legittimamente e regolarmente eletto, con indicazione del « luogo e della persona, cessi per uno degli eventi in esso arti- « colo indicati; ma quando il luogo del domicilio non fu indi-

« cato, non si può parlare di cessazione, perchè non potè mai « cominciare ad avere effetto.... A questi principii non derogò « l'art. 1987 n. 2 cod. civ. Occorre notare anzitutto che l'articolo « vuole che sia eletto domicilio, e ciò implica indicazione espressa « del comune in cui risiede il domiciliatario. In secondo luogo « non si può supporre che l'articolo in esame, alla designazione « espressa e implicita del comune del domiciliatario, abbia vo- « luto sostituire a tutti gli effetti il territorio giurisdizionale del « tribunale che comprende più comuni. Imperocchè in tal caso « la notificazione degli atti non si potrebbe fare speditamente e « senza bisogno di indagini molteplici, lo che vuole la legge im- « pedire quando esige per la notificazione degli atti la elezione « di un domicilio. Conseguentemente è necessario intendere que- « sto articolo nel senso che il creditore iscrivente elegga domi- « cilio in un comune compreso nel territorio giurisdizionale del « tribunale. In questo caso il legislatore ha voluto allargare il « cerchio del territorio in cui si possa scegliere il comune di « domicilio; ma non si può ammettere che non abbia voluto esi- « gere la enunciazione esplicita, o almeno implicita del comune « del domiciliatario, imperocchè ciò sarebbe in contradizione con « lo scopo a cui mirava ed alla ragione che informa l'obbligo im- « posto della elezione di domicilio per rendere al creditore facile e « spedita la notificazione del bando di cui si parla nell'art. 668 « cod. proc. civ. ».

437. È in facoltà del creditore, e del suo mandatario, del suo erede od avente causa, di variare il domicilio eletto nella iscrizione, sostituendovene un altro nella stessa giurisdizione: la dichiarazione del creditore circa il cambiamento del domicilio deve risultare da atto ricevuto o autenticato da notaio e rimanere in deposito nell'ufficio ipotecario. Il conservatore annoterà il cangiamento in margine o in calce alla iscrizione (art. 1995 c. civ.).

Varie sono le ragioni che possono consigliare al creditore

originario o a chi gli succede, il cambiamento del domicilio eletto. La sicurezza di ricevere immediata e tempestiva notizia delle notificazioni che possono farsi a quel domicilio, e il conseguente bisogno di affidare il delicato ufficio di domiciliatario a persona che possa compierlo con la voluta diligenza, fanno sì che la elezione non sia nè debba essere irrevocabile; d'altra parte è mestieri che la variazione sia fatta in modo da non lasciar dubbio sulla sua verità e che sia portata a notizia dei terzi; di qui le disposizioni del citato art. 1995 cod. civ. le quali regolano completamente questa importante materia.

Per analogia di quanto dispone l'art. 1989 cod. civile deve anche qui distinguersi la variazione fatta per atto pubblico da quella fatta per atto privato autenticato da notaio; l'atto pubblico resterà in originale presso il notaio e sarà depositato per copia nell'ufficio ipotecario; l'atto privato invece potrà essere depositato nell'ufficio ipotecario in originale, ove non rimanga esso pure presso il notaio che ne rilasci copia autentica, a forma di quanto dispone la legge notarile.

Ricevuto l'atto di cambiamento con la relativa istanza di annotazione, il conservatore deve immediatamente procedere all'adempimento della formalità, con la quale resta annullata la elezione di domicilio contenuta nella iscrizione.

Dal giorno della eseguita annotazione, della quale i terzi non possono allegare la ignoranza, le notificazioni dovranno farsi al nuovo domicilio; se fossero fatte all'antico, non sarebbero regolari e potrebbero essere impugnate dal creditore che si è uniformato al disposto di legge.

438. Mancando nella iscrizione la elezione di domicilio, morendo la persona, o cessando l'ufficio presso cui il domicilio erasi eletto, le notificazioni e citazioni delle quali è cenno nell'art. 1999 cod. civ. possono farsi all'ufficio delle ipoteche presso cui l'iscrizione fu presa (art. 1999 capov. 2° cod. civ.).

È una facilitazione accordata a coloro che devono citare il creditore iscritto, o notificare al medesimo un atto interessante la sua iscrizione: si applicherà quindi il già ricordato principio « *unicuique licet, quod pro se introductum est, deserere* » e dovrà ammettersi la validità della citazione e della notificazione eseguite al domicilio reale del creditore; se l'usciere consegnerà l'atto in persona del creditore, la cosa non è dubbia, essendo la notificazione alla persona l'ottima delle notificazioni; ma anco se la notificazione sarà fatta in persona di un familiare, che dichiarerà di incaricarsi della consegna, può sostenersi che non sia da contestarsene la validità. La legge dice che le notificazioni possono farsi all'ufficio ipotecario, non che debbono farsi all'ufficio stesso, e tanto meno che debbono farvisi a pena di nullità; d'altronde il creditore avrà più sicuramente notizia dell'atto notificatogli, se la notificazione è fatta al suo domicilio, in persona di un suo prossimo congiunto, seco lui convivente, o di un individuo addetto al suo servizio, di quello che se è fatta all'ufficio ipotecario.

Quando la notificazione è fatta in quest'ultimo luogo la legge non impone al conservatore l'obbligo di trasmettere in un determinato modo l'atto alla parte interessata; non è neppure obbligato a spedirlo per posta in piego raccomandato; e d'altronde può darsi che il domicilio reale dichiarato nella iscrizione sia stato variato di poi: qual sicurezza vi è dunque che l'atto giunga realmente a cognizione effettiva della persona che ne ha ormai cognizione legale per la notificazione fattane all'ufficio ipotecario?

Ciò non ostante noi crediamo che chi vuol notificare regolarmente un bando di vendita coatta, una comparsa per purgazione di beni immobili, o altro atto qualsiasi al quale dà luogo una iscrizione ipotecaria, farà bene, se manca la elezione di domicilio, o se ha cessato di avere il suo effetto, di attenersi scrupolosamente alla disposizione dell'art. 1999, 1° capov. cod. civ.

e di notificare per conseguenza all' ufficio delle ipoteche. L'atto può anche non giungere all'interessato, ma il notificante, essendosi uniformato al disposto della legge, è al coperto da ogni azione di responsabilità.

439. In terzo luogo le note ipotecarie devono contenere « *la « data e la natura del titolo e il nome del pubblico ufficiale che lo « ha ricevuto o autenticato* ». (Art. 1987 n. 3 capov. cod. civ.).

Non sempre il titolo da cui deriva l' ipoteca è un atto ricevuto o autenticato da notaio; quindi la espressione del legislatore non è esatta: se l'ipoteca è convenzionale, l'iscrizione dovrà fare menzione delle indicazioni suddette; ma se si tratta invece d'ipoteche giudiziali, dovrà far menzione alla sentenza in virtù della quale si procede all'iscrizione; se poi la ipoteca è accesa in virtù di legge, talvolta vi sarà un titolo ricevuto o autenticato da pubblico ufficiale, tal' altra no. Se però non è esattamente reso il pensiero del legislatore dalle parole adoperate nell'inciso in esame, questo pensiero resulta chiaramente dallo scopo che il legislatore si è proposto. Si è voluto che i terzi sappiano in virtù di qual titolo una ipoteca è stata iscritta, affinchè possano farsi giudici della sua regolarità; se vi era realmente diritto d'iscriverla, e per qual somma, e su quali beni; se, in altri termini, vi è, fra l'iscrizione ed il titolo costitutivo, la voluta armonia; se per conseguenza l'ipoteca è valida e se può spiegare il suo effetto utile.

La legge parla del titolo costitutivo dell'ipoteca, non già del titolo da cui resulta il credito garantito con la ipoteca stessa (1); ma è del resto ovvio avvertire che anche la omessa od errata indicazione del titolo costitutivo della ipoteca non produce nullità della iscrizione, perchè la nullità non è per questo difetto comminata dall' art. 1998 cod. civ. (2): non si tratta d' indicazione

(1) Cass. Torino, 17 agosto 1886, *Giurisp. it.*, 1887, I, I, 458.

(2) Cass. Torino, 31 marzo 1868, *Giurisp. it.*, 1868, I, 326 ; Lucca, 28 agosto 1872, *Annali di giur. it.*, VI, II, 492.—MIRABELLI, *op. cit.*, pag. 84.

essenziale e le omissioni e gli errori che possono in proposito verificarsi sono di quelli che possono essere riparati per via di rettificazione a forma del capoverso del citato articolo. Del resto, quando ancora la rettificazione non sia eseguita, i titoli devono indubbiamente essere prodotti nel giudizio di graduazione quando si vuole esercitare l'azione ipotecaria domandando collocazione del credito; ed allora i terzi interessati possono opporre tutte quelle eccezioni che possono essere fondate sulla mancanza di titolo costitutivo, o sulla non corrispondenza di esso con la iscrizione. Per la validità della ipoteca basta che i terzi, ispezionando i registri, possano desumerne le indicazioni relative alle persone del debitore e del creditore, all' ammontare del credito, all' identità dei beni gravati. Dalla mancanza o dall'erroneità di queste deriva la nullità; non dalla mancanza o dalla erroneità delle altre, non essendo ammissibili le pronunzie di nullità che non sono espressamente comminate dalla legge (1).

---

(1) La sentenza della corte d'appello di Lucca citata alla nota precedente è importante, perchè redatta da quell' insigne giureconsulto che fu il presidente Bartalini, uno dei più autorevoli membri della commissione coordinatrice dei progetti del codice vigente. In detta sentenza si legge.: « Attesocchè essendo accertato e fuori di questione che le note relative alla « iscrizione controversa contengono esattamente tutte quante le indicazioni « dichiarate veramente essenziali nei rapporti sopraespressi, tanto basta perchè « non se ne possa fondatamente contestare la validità per il semplice er- « rore intervenuto nella indicazione del titolo ipotecario. E vanamente gli « appellati, i quali contrattarono posteriormente con Vincenzo Cateni, ad- « ducono oggi a loro difesa di avere avuto un giusto motivo di non far « conto di quella iscrizione trovata accesa in base ad un atto non contenente « stipulazione d' ipoteca; poichè sapendo e dovendo sapere quali erano in pro- « posito le disposizioni del codice vigente, dovevano pure presagire la pos- « sibilità che la ipoteca derivasse da altro documento, anzichè affidarsi cie- « camente alla supposizione della sua inesistenza, o invalidità, col pericolo « di vederla smentita, come in effetto si è verificato, dalla prova contraria, « al momento in cui si doveva discutere del valore giuridico dei titoli ri- « spettivi ».

Quando la ipoteca resulta dai registri, e resulta con i requisiti essenziali richiesti dalla legge a pena di nullità, i terzi non s' ingannano certamente ritenendola afflittiva e limitando il credito da accordarsi al debitore in ragione di tale suo carattere; se poi la ipoteca è iscritta indebitamente, se a torto ne viene diminuito il credito del debitore, questi, e non altri, avrà interesse e diritto di esigerne la cancellazione e di domandare, secondo le varie contingenze dei casi, il risarcimento dei danni al creditore che l'avesse iscritta senza titolo, o in virtù di un titolo che non gli attribuiva questo diritto.

440. La sentenza della corte d' appello di Lucca citata in nota al paragrafo precedente, fu cassata dalla corte suprema di Firenze, con sentenza 21 aprile 1873 (1); ciò non di meno, ben vagliate le ragioni addotte dall' una e dall' altra corte, noi propendiamo per ritenere che la corte di appello, non la corte di cassazione, abbia dato la giusta interpretazione all' art. 1987 n. 3 in relazione all' art. 1998 cod. civ. La corte di cassazione parte dal concetto che l' art. 1998, mentre determina in quali casi la omissione o l' inesattezza di alcuna delle volute indicazioni nelle note produce la nullità dell'iscrizione, presuppone evidentemente che nelle note stesse sia fatta espressa menzione del titolo costitutivo; e partendo da questa premessa, evidentemente erronea, perchè travisante il concetto del citato articolo, così prosegue: « Considerando che non è applicabile l' art. 1998 cod. civ. se« condo il quale la omissione o li errori nella dimostrazione del « titolo ipotecario viziano la iscrizione solamente quando ne de« rivi un' assoluta incertezza nei suoi sostanziali, ossia circa le « cose che è destinata a rendere notorie. Infatti non è questo il « caso d'incompleta o erronea dimostrazione del titolo con cui fu « costituita l' ipoteca, non è cioè il caso in cui sia omessa o er« rata nell'iscrizione la data o la natura di quello, o il nome di

(1) *Annali di giur. it.*, VII, I, I, 171.

« chi lo ricevè, o l'autenticò, che sono le eccezioni prescritte dal-
« l'art. 1987. Il caso nostro è diverso, è quello di un' iscrizione
« in cui è stato indicato un titolo non ipotecario. In questi ter-
« mini non è giusto nè discreto il rimprovero che la sentenza fa
« al ricorrente di non aver prima verificato se la indicazione del
« titolo fosse sbagliata. L'obbligo infatti di questa indagine è ra-
« gionevole e giusto quando il titolo, quale è descritto nella iscri-
« zione, non si trovi o non esista, e allora bene sta che colui
« il quale, senza averla istituita, abbia dato il suo danaro confi-
« dando nella nullità dell' iscrizione, debba imputare alla propria
« temerità e portare in pace la evizione che poi soffra. Ma quando
« il titolo, come si vede indicato nella iscrizione, esiste, e non
« contiene il patto dell' ipoteca, in questo diverso caso il terzo
« ha ragione di ritenere come una verità legale che l'ipoteca non
« sia stata mai concessa, e che l'iscrizione sia stata fatta arbitra-
« riamente, nè lo costituisce in colpa il non avere immaginato la
« possibilità di errori dei quali niun motivo ebbe di sospettare;
« altrimenti non sarebbe più vero che la menzione del titolo ipo-
« tecario è forma sostanziale dell'iscrizione se bastasse quella di
« un titolo qualunque, e rimarrebbe eluso il sistema della pub-
« blicità, se potessero mai verificarsi iscrizioni per virtù d'ipote-
« che inopinate e inopinabili ».

L'errore del ragionamento della Corte sta a parer nostro nel considerare che sia forma essenziale la indicazione del titolo costitutivo, che non è dichiarata tale dalla legge; l'art. 1987 cod. civ. non presuppone che del titolo sia fatta espressa menzione nelle note ipotecarie; dispone quali indicazioni le note devono contenere, e fra queste alcune ne richiede a pena di nullità, mentre per altre ammette la possibilità che siano rettificate. L' omissione o la errata indicazione del titolo costitutivo non è fra quelle che inducendo incertezza assoluta sopra una delle cose enumerate nell'art. 1998 dànno luogo alla nullità, è fra le altre delle quali la legge con-

sente la rettificazione. Se per conseguenza, mancando la indicazione del titolo, non vi è nullità, come può esservi se la indicazione non manca ma è erroneamente formulata? I terzi sono posti in guardia dalla esistenza della iscrizione sui registri; il conservatore non avrebbe potuto operarla se il titolo non fosse esistito, e non fosse stato a lui esibito nel momento in cui veniva richiesto l'adempimento della formalità; se poi nell'iscrizione il titolo non è indicato, o è indicato erroneamente, è ragionevole supporre che esista, è pericoloso fare assegnamento sopra una nullità che la legge espressamente non commina (1).

441. L'aver noi ritenuto che la omissione e la inesattezza della indicazione in discorso non produce la nullità dell'iscrizione, non toglie che la indicazione sia importante, non tanto perchè i terzi possano verificare se vi era diritto a iscrivere la ipoteca, e se questa fu iscritta in corrispondenza con l'atto da cui emana, ma ancora per altre ragioni che sono enumerate dagli scrittori. Anzitutto è richiesta la indicazione della data, perchè i terzi possano verificare se l'ipoteca sia anteriore al titolo, se sia stata concessa in tempo nel quale non poteva esserlo, se vi sia stata collusione del debitore col creditore a danno degli altri creditori e dei terzi; è poi richiesta la menzione della natura del titolo, per conoscere la specie dell'ipoteca iscritta; è richiesta infine la designazione del pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l'atto, per potere esaminare l'originale e riconoscere i vizi che possono invalidarlo (2).

---

(1) V. però Cass. Torino, 25 aprile 1868, *Annali di giur. it.*, I, I, 225 giova notare che questa decisione fu contradetta dalla stessa corte, con l'altra, a sezioni unite, del 31 marzo 1868, citata di sopra a pag. 199 nota. Sulla questione nel diritto francese può consultarsi il PONT (*op. cit.*, XI, 984) che sostiene la opinione più benigna, già propugnata dal TROPLONG, *op. cit.*, 682. Pel diritto italiano l'opinione accolta nel testo è propugnata da RICCI, *op. cit.*, X, 212. Contro: BORSARI, *Commento*, § 4219.

(2) POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 289; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, I, 192; MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XIII, 5.

Il difetto di queste indicazioni costituisce indubbiamente una irregolarità che deve essere, per quanto è possibile, evitata; ma non è causa di nullità per le ragioni indicate superiormente.

442. Per ciò che attiene al credito garantito, oltre l'indicazione dell'importare della somma dovuta, che è come vedemmo essenziale, perchè riguarda la specialità della ipoteca, le note devono anche enunciare gl'interessi o le annualità che il credito produce ed il tempo della sua esigibilità (art. 1987 capov. cod. civ. numeri 5 e 6). Queste due enunciazioni però non sono richieste a pena di nullità: mancando la prima, il creditore non avrà diritto a essere collocato nel grado del capitale per tre annate d'interessi a forma di quanto prescrive l'art. 2010 cod. civ. che sarà da noi esaminato nel titolo seguente, ma avrà egualmente diritto di essere collocato pel capitale; mancando la seconda, si avrà una semplice irregolarità, incapace di produrre la nullità della iscrizione: il non sapere quando la somma è dovuta, non induce incertezza assoluta sull'importare del credito e non rende applicabile nella sua parte più rigorosa il disposto dell'art. 1998 cod. civ. (1). Le omissioni e le inesattezze che in proposito fossero incorse potranno sempre essere rettificate a norma del capoverso del citato articolo.

Giustamente fu osservato che la prima delle suddette indicazioni è soltanto facoltativa pel creditore nel cui vantaggio è stabilita; e che la seconda, per quanto importante per la valutazione economica del credito garantito, può essere supplita col ritenere immediatamente esigibile il credito iscritto, finchè non consti del contrario (2).

---

(1) Torino, 10 aprile 1874, *Giur. it.*, XXVI, II, 708; MIRABELLI, *op. cit.*, pag. 86.

(2) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XIII, 8.

§ III.

Iscrizione e restituzione delle note.

SOMMARIO

443. Per eseguire la iscrizione il conservatore non ha altro da fare che riportare esattamente il contenuto di una delle note presentategli dal richiedente nel registro particolare delle iscrizioni. Così la ipoteca che ha già acquistato il suo grado con il rilascio della ricevuta in carta libera staccata dal registro generale d'ordine, lo conserva sul registro particolare, dove prende il numero che le spetta in ragione della presentazione della domanda.

Le domande d'iscrizione devono dal conservatore essere sfogate con la riproduzione delle respettive note nel registro particolare nello stesso ordine nel quale esse figurano annotate nel registro generale; così se anche venissero presentate nello stesso giorno più domande d'iscrizione contro la stessa persona e sopra gli stessi beni, ognuna conserva il grado che le spetta in ragione del tempo della sua presentazione. Soltanto se due o più domande d'iscrizione contro la stessa persona e sopra gli stessi beni sono presentate contemporaneamente, si applica la eccezionale disposizione degli art. 2008, 2009 cod. civ. che sarà da noi esaminata a suo luogo.

444. Eseguita la iscrizione, il conservatore restituisce al richiedente i documenti e una delle due note, ritenendo l'altra che egli conserva in filza, serbando l'ordine stesso del registro particolare, a giustificazione della regolarità del suo operato. La nota che il conservatore restituisce al richiedente deve contenere in

calce il certificato della effettuata iscrizione, da lui sottoscritto, con la data e il numero d'ordine della medesima (art. 1988 cod. civile).

Questa disposizione rende palese lo scopo della doppia nota, altrettanto utile quanto ingegnoso; al conservatore resta in mano la prova del modo nel quale l'operazione gli fu presentata, e in caso di contestazione può sempre dimostrare di averla eseguita in conformità della richiesta; il richiedente poi, con la restituzione dell' altra nota corredata del certificato, ottiene la prova della fatta iscrizione.

445. Le indicazioni contenute nel registro particolare prevalgono però su quelle contenute nelle note e in caso di diversità fra l' uno e le altre, si deve stare al registro non alle note, perchè è il registro che rende pubblica la ipoteca. Se quindi il registro contenesse omissioni o inesattezze tali da rendere nulla l' iscrizione, la nullità non sarebbe eliminata dal fatto che le note fossero pienamente regolari, e soltanto potrebbe essere tenuto responsabile il conservatore; se al contrario le note presentate dal richiedente contenessero omissioni o inesattezze, e queste fossero state corrette dal conservatore nel riportare la iscrizione sul registro, la ipoteca sarebbe pienamente valida, nè potrebbe impugnarsi dai terzi per la irregolarità delle note in base alle quali è stata iscritta.

Il principio qui da noi accennato, che ha riscontro con l' altro analogo formulato nell' art. 2068 cod. civ. (V. sopra n. 349), fu disconosciuto in una recente sentenza della corte d' appello di Napoli, la quale, pur decidendo rettamente un caso particolare, pretese di stabilire una regola generale a parer nostro errata (1). Argomentando dalle parole « *somma enunciata nella nota* », che si leggono nell'art. 1997 cod. civ. la corte ritenne che in caso di disparità fra la nota ipotecaria e la iscrizione fatta dal conserva-

---

(1) Sentenza del 20 aprile 1896, *Legge*, 1896, II, 410.

tore nei suoi registri, quella e non questa debba avere la prevalenza; ma fu questo un errore: l'art. 1997 parla di disparità fra la somma enunciata nella nota e la somma realmente dovuta, supponendo che la somma enunciata nella nota sia stata riportata esattamente nella iscrizione; se la somma enunciata è minore della dovuta, dice questo articolo, si sta alla enunciata; se è maggiore, si sta alla somma dovuta; nel primo caso una parte del credito non è garantita ipotecariamente; nel secondo l'ipoteca non può garentire un credito che non sussiste; ma tutto ciò non ha che fare con il caso nostro, della disparità fra la somma enunciata nella nota e la somma enunciata nella iscrizione; evidentemente è la iscrizione che conta, non la nota, perchè i terzi ad altro non sono tenuti a stare che alle resultanze dei registri (1).

446. Dallo scopo che hanno le note, tutto di garanzia del conservatore verso il richiedente, del richiedente verso il conservatore, deriva che l'uno e l'altro possono rinunziarvi, e che la iscrizione ipotecaria può, ciò non ostante, figurare nel registro particolare e spiegare tutti i suoi effetti. Infatti il conservatore al quale è esibito il titolo costitutivo di una ipoteca convenzionale può iscriverla senza esigere dal richiedente la presentazione della doppia nota di cui all'art. 1987 cod. civ. Il titolo porta neces-

(1) Il caso deciso dalla corte era il seguente. Nella nota ipotecaria restituita al richiedente era espresso e dichiarato che l'iscrizione era stata chiesta ed eseguita per l'annuo vitalizio di lire *tot*; nel registro ipotecario il vocabolo annuo non si leggeva, ma si leggeva soltanto che l'ipoteca era presa pel vitalizio di lire *tot*. La corte ritenne, ciò non ostante, che l'ipoteca valesse per garantire l'annua rendita vitalizia della somma enunciata nella nota e ripetuta nella iscrizione; ma per ritener ciò non aveva davvero bisogno di erigere a regola generale l'erroneo principio che in caso di disparità fra la nota e il registro si deve stare alla nota: la vera ragione era l'altra, pure accennata dalla corte, che « giuridicamente e in buona lingua il solo vocabolo *vitalizio* « vuol dire *rendita annua percepibile fino che si ha vita*; e che per conseguenza, « anche senza la parola *annuo*, doveva intendersi presa l'iscrizione per l'annuo « vitalizio di lire *tot* ».

sariamente le indicazioni tutte volute dal capoverso dell'articolo medesimo e il conservatore può redigere egli stesso la iscrizione, valendosi di quelle indicazioni, e riportandole direttamente nel registro. Quando ancora si trattasse d'iscrizione una ipoteca giudiziale, e il richiedente si limitasse a presentare al conservatore copia della sentenza portante condanna, questi potrebbe redigere la iscrizione, e riportarla sul registro, senza che gli fosse presentata la doppia nota, quando potesse desumere da un certificato catastale, o anche da una iscrizione precedentemente presa nei suoi registri, la natura e la situazione de' beni gravati, con le altre indicazioni occorrenti a eliminare la incertezza assoluta sulla identità dei beni stessi.

Una volta che l'iscrizione è sul registro, i terzi non possono allegarne la irregolarità per non essere stata presa in virtù della nota presentata dal richiedente; la nota è una garenzia del conservatore, ed egli può rinunziarvi, senza che altri possa muoverne lamento o argomentarne la nullità della iscrizione.

Egualmente il richiedente può dal canto suo rinunziare alla restituzione della nota certificata che deve essere fatta dal conservatore; la ipoteca non cessa di essere iscritta o di operare il suo effetto di fronte ai terzi, unicamente perchè il richiedente non si è curato di avere la prova della eseguita operazione; egli potrà sempre procurarsi tale prova, quando gli occorra, col prendere copia della iscrizione (1).

(1) Le regole esposte in questo numero sono state egregiamente poste in luce dal Pont, *op. cit.*, XII, 949: « On conçoit que le conservateur tienne à « la formalité et qu' il en exige l' accomplissement, parce que les bordereaux « lui facilitent son travail en le dispensant d' aller rechercher minutieusement « dans le titre les énonciations nécéssaires à l' inscription qu' il doit faire. Mais « s' il consent à recevoir le dire du créancier; si, ecrivant en quelque sorte sous « la dictée de la partie intéressée, il accepte des declarations verbales sans « exiger la représentation d' un ecrit où toutes les énonciations seraient som- « mairement indiquées, c' est son affaire et celle du créancier: les tiers n' ont « pas à y redire ».

447. La prova dell' iscrizione resulta dunque da registro, non dalla nota, salvo il caso eccezionalissimo in cui essendo distrutto il registro ipotecario, lo si debba ricostituire, siccome avvenne quando fu distrutto da un incendio l'ufficio di Potenza; la nota non prova di per sè la ipoteca e tanto meno prova il credito che la ipoteca è destinata a garantire. La Corte d'appello di Casale ebbe per verità a ritenere il contrario, decidendo che le note d'iscrizione fanno fede dell'esistenza del credito sino a prova contraria, quando sono certificate dal conservatore che è pubblico ufficiale (1); ma la corte di cassazione di Torino annullò la sentenza, dicendola fondata sopra una falsa intelligenza e sopra una erronea applicazione degli articoli 1987, 1988 cod. civ. Le note ipotecarie, disse la corte suprema, non sono un mezzo di prova delle obbligazioni: esse attestano soltanto che la ipoteca fu iscritta; se ne desume il grado,- ma non la prova del credito; tanto vero che per l'art. 712 cod. proc. civ. i creditori, per essere collocati nel giudizio di graduazione, devono presentare i titoli giustificativi del loro credito (2).

SEZIONE V

IRREGOLARITÀ DELL' ISCRIZIONE. NULLITÀ E RETTIFICAZIONE.

SOMMARIO

448. Irregolarità producenti nullità dell' iscrizione — 449. Nullità totale e nullità parziale—450. Inammissibilità delle prove estrinseche per supplire alle omissioni e inesattezze — 451. Rettificazione delle iscrizioni.

448. Quello che abbiamo detto parlando dei diversi requisiti delle note, distinguendoli in essenziali e non essenziali, configurando i vari casi che possono verificarsi nella pratica, traendo

---

(1) Casale, 30 giugno 1890, *Sinossi giur.*, 2ª serie, fasc. 64, Art. 1988.

(2) Cass. Torino, 8 giugno 1892, *Mon. trib. Mil.*, 1892, 583.

dalla giurisprudenza acconci esempi, ci dispensa dal tenere in proposito un lungo discorso.

Mentre il diritto francese presenta in questa materia grandi incertezze, per la mancanza nel Codice Napoleone di un preciso testo di legge che la governi con un principio generale indiscutibile (1), il cod. civ. italiano ha nell' art. 1998 una norma sicura, ormai tante volte invocata da noi, e chiarita nello spirito che la informa (2).

Non può aversi nullità se questa non è comminata espressamente dalla legge; la legge poi non commina la nullità se non quando la omissione o la inesattezza di alcuna delle volute indicazioni induce quella incertezza assoluta di cui tante volte abbiamo parlato. Ogni altra omissione o inesattezza non produce nullità e dà luogo soltanto alla rettificazione della quale è parola nel capoverso del citato articolo 1998.

449. La nullità che deriva da assoluta incertezza sulla identità dei beni gravati può essere, come già fu avvertito, totale o parziale, in quanto può verificarsi riguardo a tutti i beni colpiti dalla iscrizione, o riguardo a una parte di essi. Alcuni dei beni descritti nella nota ipotecaria, riportata poi dal conservatore nel registro particolare, possono essere identificabili ed altri no; la nullità che si verifica quanto a questi non si comunica agli altri, dato il principio della specialità.

Invece la nullità che deriva da omissioni o inesattezza nelle

(1) La evoluzione della giurisprudenza e della dottrina francese a questo riguardo, è dottamente esposta dal Pont, *op. cit.*, XI, 956 e seg. Da un rigore eccessivo espresso con la massima « *qui virgula cadit, causa cadit* » si pervenne a una dottrina più temperata per la quale non vi è nullità se non quando la iscrizione vien meno al suo scopo di portare a conoscenza dei terzi la esistenza e le modalità essenziali della ipoteca. L' art. 1998 cod. civ. non fa che tradurre in apposito testo di legge questa savia dottrina.

(2) L' art. 1998 cod. civ. fu tratto dall' art. 2278 capov. 1°, 2° e 3° cod. albertino. V. ancora cod. parmense art. 2197; cod. estense art. 2201, 2203.

altre indicazioni relative alla persona del debitore o del possessore dei beni gravati, o all'importare del credito, non può mai essere parziale, perchè investe necessariamente la iscrizione intera e la rende inefficace di fronte ai terzi.

450. Prove estrinseche non sono in questa materia ammissibili all'oggetto di eliminare la incertezza che le indicazioni contenute nella iscrizione lasciano sussistere; tutto deve risultare dal registro ipotecario. In particolare non si potrebbe con prove testimoniali, o con gli atti dello stato civile, pretendere di dimostrare che un Tizio, erroneamente designato come figlio di Caio, è in realtà figlio di Sempronio; nè si potrebbe con prove peritali stabilire l'identità di determinati immobili imperfettamente descritti nella iscrizione.

Su questo ultimo punto vi sono varie decisioni delle nostre corti; fu deciso che l'identità dei beni gravati non può stabilirsi con altro che con i requisiti ipotecari (1), e che all'oggetto d'identificare un immobile, imperfettamente descritto nel registro, non è ammissibile la prova che il debitore non possedeva, quando concesse l'ipoteca o quando questa fu presa, altro che lo stabile sul quale si pretende sia validamente iscritta (2).

451. Le omissioni o inesattezze non sostanziali dànno luogo alla rettificazione, la quale, pel capoverso dell'art. 1998 cod. civ., è ordinata ad istanza e a spese della parte interessata. La rettificazione non può dunque essere operata spontaneamente dal creditore presentando al conservatore analoga istanza; il creditore non potrebbe fare altro che iscrivere nuovamente la stessa ipoteca in virtù del primitivo titolo, acquistando il grado dal giorno della nuova iscrizione. Per rettificare la iscrizione primitiva e correggere le omissioni e inesattezze incorse nella medesima, occorre

---

(1) Cass. Torino, 8 aprile 1870, *Giurispr. it.*, XXVI, I, 864.

(2) Cass. Torino, 16 luglio 1873, *Legge*, XIV, I, 33.

che la rettificazione sia ordinata, e l'ordine non può partire che dall'autorità giudiziaria; il creditore deve dunque citare il debitore avanti il tribunale nella cui giurisdizione si trova l'ufficio ipotecario, e in contraddittorio del debitore stesso deve chiedere che l'iscrizione sia rettificata.

La rettificazione poi spiega i suoi effetti dal giorno in cui la ipoteca rettificata è iscritta nei registri; diversamente non se ne comprenderebbe la utilità; non vale obbiettare il pregiudizio che possono risentirne i terzi, i quali hanno acquistato dei diritti nell'intervallo fra la iscrizione e la rettificazione; questo pregiudizio non sussiste, dal momento che si tratta di modificazioni non sostanziali, le quali riguardano requisiti di secondaria importanza; una rettificazione sulla somma guarentita, o sui beni colpiti dalla ipoteca, non è ammessa dalla legge e non potrebbe essere eseguita in pregiudizio dei diritti acquisiti dai terzi nel tempo anteriore: di fronte ai requisiti essenziali della iscrizione l'effetto retroattivo della rettificazione non sarebbe assolutamente ammissibile, in quanto ne resterebbe offeso il principio della pubblicità (1).

SEZIONE VI

SPESE DELLA ISCRIZIONE.

SOMMARIO

452. Le spese della iscrizione sono a carico del debitore — 453. Eccezioni a questa regola.

452. Le spese dell'iscrizione sono a carico del debitore se non vi è stipulazione in contrario (art. 2000 cod. civ.). La ipoteca profitta al creditore, non al debitore; ciò non ostante la legge pone le spese dell'iscrizione a carico di quest'ultimo, perchè se

---

(1) Cfr. Cass. Firenze, 24 nov. 1890, *Annali di giur. it.*, 1890, I, I, 438.

da un lato è vero che l'ipoteca guarentisce gl'interessi del creditore, è pur vero che essa giova principalmente al debitore in quanto serve a procurargli il credito che non avrebbe ottenuto ove non fosse stato in grado di fornire una guarentigia ipotecaria (1). A questa ragione, che vale per la ipoteca convenzionale, può aggiungersi, per ciò che riguarda la ipoteca giudiziale, che essendo la ipoteca un accessorio del credito, deve seguirne le sorti; e che d'altronde la ipoteca giudiziale giova al debitore in questo senso, che il creditore il quale ha trovato in essa una garantia reale, più facilmente si mostra disposto a concedere dilazioni e a dare al debitore il tempo necessario per far fronte ai suoi impegni.

La disposizione dell'art. 2000 cod. civ. che stiamo esaminando, è strettamente connessa con quella dell'art. 2010 per la quale l'iscrizione del credito serve per collocare nello stesso grado le spese della iscrizione unitamente alle altre in detto articolo enumerate. Ma di ciò parleremo a suo tempo nel titolo destinato allo svolgimento degli effetti della ipoteca.

453. Le spese della iscrizione possono essere poste a carico del creditore per patto espresso; devono poi essere sempre da lui anticipate, se vuole ottenere la iscrizione, avendo il conservatore, come già avvertimmo, diritto di rifiutarsi ad iscrivere la ipoteca, se non è anticipato il pagamento della relativa tassa (sopra n. 329).

Per eccezione fa carico al creditore, non al debitore, la spesa d'iscrizione della ipoteca legale di cui all'art. 1969 n. 3 del codice civile. Qui non si tratta di un credito che si guarentisca con la ipoteca; si tratta di un modo di dare cauzione pel retto adempimento delle funzioni di tutore; chi è chiamato a questo ufficio non può rifiutarsi, deve prestare la cauzione voluta dalla legge, ma non può

---

(1) Ricci, *op. cit.*, X, 214; Pochintesta, *op. cit.*, II, 299; Pont, *op. cit.*, XI, 1065.

essere tenuto a sopportare la relativa spesa, la quale rientra fra quelle riconosciute utili all'amministrato, delle quali è parola nell'ultimo capoverso dell'art. 305 cod. civ. (1).

In ogni resto la iscrizione delle ipoteche legali è governata dal principio generale dell'art. 2000 cod. civ.

CAPO III

DELL' ANNOTAZIONE.

SOMMARIO

454. Fu avvertito nel dar principio a questo secondo titolo destinato alle formalità ipotecarie, che il diritto reale d'ipoteca, acquistato e reso palese con la iscrizione, è modificato nei suoi effetti con l'annotazione. È tempo adesso di scendere a parlare di questa formalità, esaminando i varii casi nei quali vi si fa luogo, le sue forme, i suoi effetti.

All'annotazione si riferisce l'art. 1994 Cod. civ. che è del tenore seguente: « Il cessionario, la persona surrogata e il creditore che ha in pegno il credito, può far annotare, in margine « o in calce della iscrizione presa del suo autore, la cessione, la « surrogazione od il pegno, consegnando al conservatore l'atto « relativo. Ove questo sia una scrittura privata, od un atto se- « guito in paese estero, si osservano le disposizioni degli art. 1989 « e 1990. Dopo questa annotazione l'iscrizione non può essere « cancellata senza il consenso del cessionario, surrogato o credi- « tore pignoratizio, e le intimazioni e notificazioni che occorresse

(1) POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 299, il quale ricorda la profonda divergenza che si verifica fra gli scrittori francesi a questo riguardo. La opinione di TROPLONG (*op. cit.*, 739) e di PONT (*op. cit.*, XI, 1065) che pongono la spesa a carico del tutore, non è in alcun modo da ammettersi. V. AUBRY e RAU, *op. cit.*, § 275 nota 9 e gli autori ivi citati.

« di fare in dipendenza della iscrizione saranno fatte al domicilio « eletto dallo stesso cessionario, surrogato o creditore pignoratizio « per quanto riguarda l' interesse dei medesimi » (1).

La legge dice che l' interessato *può far annotare*: stabilisce quindi una facoltà, non un obbligo. Mentre l' iscrizione è obbligatoria, nel senso che la ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica mediante l' adempimento di questa formalità, e non prende grado se non dal momento in cui la formalità stessa è adempiuta, l' annotazione è puramente facoltativa; la cessione, la surrogazione, la oppignorazione hanno luogo indipendentemente dall' annotazione dell' iscrizione ipotecaria, perchè operano i loro effetti principalmente e direttamente sul credito trasferito o dato in garanzia, e solo secondariamente e indirettamente sulla ipoteca che ne è l'accessorio. L' annotazione pertanto non è necessaria; ma è utile allo speciale effetto indicato nell' art. 1994 cod. civ. d' impedire che l' iscrizione sia cancellata senza consenso del creditore che ha adempiuto tale formalità.

(1) La disposizione non ha riscontro nel cod. francese e nella massima parte dei precedenti codici italiani. Per qualche analogia possono consultarsi gli art. 454 455 cod. civ. gen. austriaco che trattano del suppegno e della sua iscrizione sui pubblici libri. Il cod. francese non ammetteva a favore del cessionario che la facoltà di cambiare il domicilio eletto nella iscrizione (articolo 2151). Nello stesso senso disponevano le leggi civ. napolet. art. 2045, il cod. parmense art. 2203, il cod. estense art. 2207, il cod. albertino art. 2244, la legge toscana art. XCII. Solo il regolam. pontificio aveva una disposizione a torto trascurata dagli scrittori che hanno commentato l'art. 1994 cod. civ.: « L' atto pubblico della cessione del credito e della ipoteca iscritta, sia che « riguardi la intera somma, od una parte di essa, attribuisce diritto al cessio- « nario di chiedere che la iscrizione venga trasferita in suo favore per la quan- « tità della somma ceduta — Sarà tenuto il conservatore sulla semplice domanda « del cessionario, che dovrà esibirgli l' atto pubblico, di eseguire il trasferi- « mento mediante annotazione nel registro dove è iscritta l' ipoteca. L' atto « della cessione sarà restituito al presentatore col certificato dell' eseguito an- « notamento ».

È da questo punto di vista unicamente che noi dobbiamo esaminarla. La cessione, il pagamento con surrogazione, il pegno del credito, non sono rapporti giuridici proprii del regime ipotecario e hanno in altre parti di quest'opera il loro naturale svolgimento. Quì deve parlarsi unicamente della forma dell'annotazione, dei suoi effetti, e degli effetti della sua mancanza in relazione ai casi contemplati nell' art. 1994 Cod. civ.

Ciò faremo in una prima Sezione di questo capitolo, riservandoci di parlare in una seconda Sezione della cessione del grado ipotecario e dei patti analoghi, perchè l' una e gli altri si traducono in atto per via di annotazione e devono per conseguenza essere presi in esame in questa sede.

SEZIONE I

CESSIONE, SURROGAZIONE, PEGNO DEL CREDITO.

§ I.

Forma dell' annotazione.

SOMMARIO

455. L' annotazione si fa in margine alla iscrizione e si riporta in calce alla copia della medesima nei certificati — 456. Per eseguire l' annotazione occorre la consegna del titolo al conservatore — 457. Non occorrono le note. È però necessaria una istanza in carta da bollo — 458. Annotazione totale e parziale — 459. Elezione di domicilio.

455. L'annotazione si fa in margine o in calce all' iscrizione ipotecaria; in margine piuttosto che in calce, perchè dovendo i registri essere scritti di seguito, senza lasciare spazi in bianco, nè interlinee (art. 2073 cod. civ.), a ciascuna iscrizione tiene dietro l'altra, senza che resti spazio bastante per inserirvi l'annotazione.

L' annotazione eseguita in margine dell' iscrizione, nello spazio a ciò destinato sul registro, viene poi riportata in calce alla copia

dell'iscrizione stessa nei certificati rilasciati dal conservatore, il quale sarebbe responsabile dei danni derivanti dalla omissione nei certificati delle annotazioni contenute nel registro al momento in cui i certificati stessi vengono rilasciati; danni che possono invero essere gravi, perchè taluno può accettare in pegno, o in cessione, un credito già pignorato o ceduto a favore di un altro, quando dal certificato ipotecario non resulti l'annotazione relativa per quanto esistente sul registro; e perchè d'altronde può darsi che al cessionario d'un credito ipotecario, che ha regolarmente annotato la iscrizione, o al surrogato, al creditore pignoratizio, che si sono valsi egualmente della facoltà accordata in proposito dalla legge, non venga notificato il bando di vendita, in quanto l'annotazione non sia stata riportata nel certificato.

456. Per richiedere l'annotazione è necessaria la presentazione del titolo in forza del quale l'operazione deve essere eseguita; l'atto cioè di cessione, o di pagamento con surrogazione, o di oppignorazione del credito. Se si tratta di un atto pubblico, si presenta la copia autentica rilasciata dal pubblico ufficiale che lo ha ricevuto; se si tratta di una scrittura privata, questa può essere presentata in copia, se sia custodita negli atti di un notaio o in un pubblico archivio, in originale negli altri casi.

La scrittura privata deve essere autenticata da notaio od accertata giudizialmente: e se si tratta di atto fatto all'estero, pubblico o privato che sia, è richiesta ancora la legalizzazione.

Il richiamo degli art. 1989 e 1990 contenuto nell'art. 1994 Cod. civ. non lascia, quanto alle due proposizioni affermate di sopra, il menomo dubbio.

Vi è però una notevole differenza fra la iscrizione e l'annotazione per ciò che riguarda il titolo in base al quale si procede all'esecuzione dell'una e dell'altra formalità.

L'art. 1987 dice che il richiedente presenta il titolo costitutivo dell'ipoteca con le due note e l'art. 1988 soggiunge che ese-

guita l' iscrizione il conservatore restituisce i documenti, e quindi anche il titolo costitutivo, ed una delle due note. L' art. 1994 invece, dichiara che chi vuol fare annotare in margine o in calce all' iscrizione ipotecaria la cessione, la surrogazione o il pegno, consegna al conservatore l' atto relativo. Di restituzione non si parla; ed è facile argomentare da ciò che l' atto in base al quale si è richiesta ed ottenuta l' annotazione, deve restare depositato, in originale o in copia, nell' ufficio ipotecario.

Ciò può cagionare nella pratica qualche difficoltà riguardo agli atti di trasferimento del credito che non si prestano a tale deposito. Si supponga per esempio che si tratti di una cambiale guarentita con ipoteca; la girata del titolo importa cessione del relativo credito, e la cessione del credito importa trapasso nel cessionario della ipoteca destinata a garantirlo. Ma si potrebbe ottenere l' annotazione dell' iscrizione ipotecaria consegnando la cambiale? Prescindendo dalla ovvia considerazione che la cambiale è destinata a circolare, e non può restare sotto sequestro nell' ufficio delle ipoteche, mentre d' altronde il ricorrere alla emissione di duplicati non raggiungerebbe lo scopo nè sarebbe praticamente possibile (1), noi osserviamo che la consegna di essa al conservatore non servirebbe allo scopo di ottenere l' annotazione. Come l' ipoteca a garanzia di una cambiale si costituisce per atto separato, così si potrà per atto separato consentire l' annotazione dell' iscrizione ipotecaria in favore del giratario del titolo. La cessione del credito sarà perfetta con la gira dell' effetto; l' ipoteca sarà passata nel giratario per la cessione; ma per l' annotazione della iscrizione sarà necessario un atto pubblico, o un atto privato autenticato da notaio od accertato giudizialmente, col quale colui che figura nella iscrizione come creditore consentirà l' annotazione

---

(1) Per ciò che riguarda la costituzione della ipoteca mediante cambiale cons. il Vol. I di questo trattato n. 228 pag. 292.

della iscrizione stessa a favore del possessore del titolo cambiario. Questo è, in tal caso, il documento da consegnarsi al conservatore per l'adempimento della formalità.

La formalità non è, come si è detto, sostanziale; qualunque creditore, quantunque non abbia annotato in proprio favore la iscrizione ipotecaria, potrà comparire nel giudizio di graduazione e giustificando il possesso del titolo domandare ed ottenere collocazione ipotecaria, quantunque l'ipoteca apparisca iscritta al nome del creditore originario; ma se vuole annotare l'iscrizione, per evitare che il titolare ne consenta la cancellazione in suo danno non può prescindere dal riportare un esplicito consenso nella forma succennata.

Lo stesso è a dirsi di un pagamento con surrogazione. Il pagamento fatto da chi, obbligato con altri o per altri, ha interesse di estinguere l'obbligazione, produce surrogazione legale nelle ragioni, anche ipotecarie, del creditore soddisfatto (art. 1253 n.° 3 Cod. civ.); ma in questa e nelle altre ipotesi di surrogazione legale contemplate nell'art. 1253 Cod. civ., come pure nelle due ipotesi di surrogazione convenzionale contemplate nel precedente articolo 1252 dello stesso codice, l'ipoteca non può essere annotata senza un atto di consenso del titolare della iscrizione.

457. La legge richiede la consegna dell'atto, non la presentazione delle note, come per ottenere la iscrizione (1). La consegna dell'atto deve però essere accompagnata da un'istanza nella quale deve essere specificato lo scopo della operazione, la iscrizione alla quale si riferisce e le altre modalità relative.

La istanza è prescritta con l'art. 4 della legge 8 agosto 1895

(1) Che le note non siano necessarie, ebbe a deciderlo in un suo parere il Consiglio di Stato fino dal 15 marzo 1867. Il ministero delle finanze adottò questo parere con circolare 1° maggio 1867 diretta a tutti i conservatori del Regno. V. ancora Cass. Firenze, 7 maggio 1874, *Legge*, XIV, I, 1033; Pochintesta, *op. cit.*, II, 294; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, I, 196.

n.° 486: « Per ogni stato, certificato, copia od estratto di che « nel precedente art. 3, e parimente per ogni formalità di anno- « tamento, il richiedente deve presentare al conservatore una do- « manda sulla ordinaria carta col bollo da lire 1,20. Saranno « però scritte su carta senza bollo le domande suindicate, quando « le richieste operazioni debbono essere eseguite gratuitamente, « ovvero a debito, salvo in questo secondo caso il prenotamento « delle tasse da recuperarsi giusta le vigenti disposizioni ».

La istanza richiesta con questo articolo della recente legge, non ha soltanto uno scopo fiscale; ha ancora uno scopo giuridico, in quanto serve a giustificare il conservatore, ponendolo in grado di dimostrare, in caso di contestazione, aver egli agito in conformità della richiesta fattagli.

Alla parte richiedente non resta la prova della eseguita operazione, perchè nulla le viene restituito; ma la ricevuta della tassa pagata per l'annotazione, staccata dal registro generale d'ordine, serve come principio di prova, e la parte, del resto, può sempre richiedere, e ha diritto di ottenere, il certificato dell' annotazione fatta in suo favore.

458. L' annotazione può essere totale o parziale, secondo che totale o parziale è la cessione, la surrogazione o la oppignorazione del credito. Il rapporto giuridico accessorio prende vita dal rapporto giuridico principale e non può avere una estensione maggiore di quella che a quest' ultimo è stata attribuita dalle parti.

Così, se di un credito ipotecario Tizio creditore cede a Caio la metà o un terzo, l' annotazione sarà fatta per la metà o per il terzo dell' iscrizione, non per la iscrizione intera. In tal caso la iscrizione viene ad appartenere ad ambedue, come se a favore di ambedue fosse stata presa originariamente.

Ciò ha importanza per la notificazione del bando di vendita coatta, e più generalmente per le notificazioni tutte rese necessarie dalle iscrizioni ipotecarie.

Se vi è cessione o surrogazione per la totalità del credito, e conseguente annotamento della iscrizione ipotecaria per la totalità, le notificazioni si faranno soltanto al cessionario o al surrogato, solo interessato ormai nel rapporto giuridico; ma se la cessione e la surrogazione fossero parziali, e parziale fosse per conseguenza l'annotamento, le notificazioni dovrebbero farsi ad ambedue, essendo ambedue interessati, ciascuno per la sua porzione.

Così se il credito fosse stato contemporaneamente o successivamente ceduto a più persone, ciascuna per una parte; o se più persone avessero pagato in parte lo stesso credito con surrogazione parziale nelle ragioni del creditore; dato che tutte avessero annotato la iscrizione ipotecaria, a tutte indistintamente dovrebbe essere fatta la notificazione.

Per ciò che attiene poi all'annotazione della iscrizione ipotecaria avente la sua ragione di essere nel pegno del credito, pare a noi che per quanto l'annotazione sia totale, non parziale, le notificazioni debbono farsi tanto a colui che ha ottenuto l'annotamento, quanto al titolare dell'iscrizione. Invero il pegno del credito non ne trasferisce la proprietà; il creditore acquista soltanto un diritto di privilegio, che ha luogo quando il pegno risulta da atto scritto e ne è fatta notificazione al debitore (art. 1881 cod. civ.); il titolare dell'iscrizione resta perciò titolare del credito, e deve anche a lui essere fatta la notificazione, perchè spetta a lui di comparire nel giudizio di graduazione, e il creditore pignoratizio non ha diritto che alla collocazione in sotto grado.

459. Per questo la legge suppone che il cessionario, surrogato, creditore pignoratizio, abbiano eletto un domicilio speciale nell'atto in ordine al quale è stata eseguita l'annotazione.

La legge non parla di una speciale circoscrizione entro la quale questo domicilio debba essere compreso, ma si deve intendere che abbia da essere compreso nella giurisdizione del tribunale da cui dipende l'uffizio delle ipoteche, per analogia di quanto

dispone l'art. 1987 n. 2 capov. cod. civ. In questo articolo, come nel nostro art. 1994, la elezione ha per iscopo di facilitare le notificazioni degli atti ai quali la iscrizione ipotecaria può dar luogo; essendo eguale pertanto la *ratio legis*, non si possono applicare principii diversi.

Mancando nell'annotazione la elezione di domicilio del creditore annotante, o essendo eletto un domicilio fuori della giurisdizione del tribunale da cui dipende l'ufficio ipotecario, le notificazioni potranno farsi all'ufficio stesso, ove non si preferisca di farla al domicilio reale, per analogia di quanto dispone l'art. 1999 cod. civ., come nel caso in cui fosse morta la persona o fosse cessato l'ufficio presso cui il domicilio erasi eletto.

Abbiamo detto che la elezione di domicilio deve essere fatta nell'atto in ordine al quale l'annotazione è stata eseguita. Ove ciò non si fosse fatto, si potrebbe supplire con la domanda? Noi nol crediamo, perchè la domanda non è un documento autentico, e manca per conseguenza quella garenzia che i terzi hanno diritto di avere onde non si eccepisca poi la nullità delle notificazioni alle quali può dar luogo la iscrizione ipotecaria.

Un argomento per questa soluzione che noi proponiamo si ha del resto nell'art. 1995 cod. civ. ove si ammette che il creditore, il suo mandatario o avente causa, possono variare il domicilio eletto nella iscrizione sostituendovene un altro nella stessa giurisdizione, ma si richiede però che la dichiarazione relativa resulti da atto ricevuto o autenticato da notaio e rimanga in deposito nell'ufficio del conservatore. La stessa norma è indubbiamente da applicarsi al caso che ci occupa. Se pertanto nell'atto di cessione, o di pagamento con surrogazione, o di costituzione del pegno sul credito, il cessionario, surrogato o creditore pignoratizio, avesse omesso la elezione di domicilio, non potrebbe altrimenti supplire che presentando al conservatore, al momento di richiedere l'annotazione, un atto ricevuto o autenticato da notaio, in cui il domicilio fosse regolarmente eletto.

§ II.

Effetti dell' annotazione e della sua mancanza.

SOMMARIO

460. Quali sono questi effetti — 461. L' annotazione, essendo facoltativa, non è condizione nè per l'acquisto del diritto, nè per la sua efficacia di fronte ai terzi — 462. Applicazioni pratiche — 463. La preferenza fra più cessionarii o altri aventi diritto al credito ipotecario non è determinata dall'annotazione — 464. Effetti della mancanza di tale formalità.

460. Abbiamo avvertito che la formalità è facoltativa, non obbligatoria. Deriva da ciò che i suoi effetti non possono essere altri che quelli indicati nell' art. 1994 cod. civ.

In primo luogo, fatta l'annotazione, l'iscrizione ipotecaria non può essere cancellata col solo consenso del creditore originario, ma occorre invece od ancora il consenso del creditore che ha avuto cura di richiedere l'adempimento di questa formalità. Diciamo ancora od invece, dovendosi distinguere il caso in cui il creditore originario ha cessato di avere interesse nella iscrizione, sostituendosi a lui, in tutto e per tutto, il creditore annotante, dall' altro in cui l' uno e l'altro continuano ad essere interessati nel credito, e per conseguenza nella ipoteca che ne è un accessorio e ne segue le sorti. Occorrerà *ancora* il consenso del creditore annotante se si tratta di oppignorazione, di cessione parziale, di pagamento parziale con parziale surrogazione. Occorrerà il consenso del creditore annotante, *invece* di quello del creditore originario, se la cessione sarà totale, o se il pagamento con surrogazione avrà avuto luogo per la totalità del credito. In altri termini occorrerà esaminare caso per caso se la ipoteca è voltata dal creditore originario nel creditore annotante in tutto od in parte; nel dubbio poi il conservatore esigerà il consenso di ambedue, a scanso di contestazioni e di responsabilità.

In secondo luogo l' annotazione ha per effetto che le notificazioni relative alla iscrizione ipotecaria devono farsi non tanto al creditore originario, quanto al creditore annotante, al domicilio da lui eletto nella iscrizione, se ambedue hanno tuttora interesse nel credito e per conseguenza nella iscrizione; devono farsi al solo creditore annotante, se resulta chiaramente che questi è ormai il solo interessato nel credito e nella iscrizione.

Dal primo degli accennati punti di vista, il cessionario, il surrogato, il creditore pignoratizio che eseguiscono l' annotazione della iscrizione ipotecaria in loro favore, sono tutelati contro le frodi del creditore originario, loro dante causa, che potrebbe pregiudicarli consentendo la cancellazione di una iscrizione che più non gli giova, dando così la priorità del grado ad iscrizioni posteriori: dal secondo punto di vista, le stesse persone sono poste in grado di conoscere tutte le procedure concernenti i beni colpiti dalla iscrizione annotata in loro favore, evitando così il pericolo di rimanere pregiudicati per la impossibilità di far valere in tempo utile i loro diritti (1).

461. Altri effetti non sono da attribuirsi all' annotazione; segnatamente non si può attribuire a questa formalità, che ha scopi ben limitati e ben definiti dal legislatore, l' esorbitante effetto di accordare la priorità al cessionario, surrogato o creditore pignoratizio che l'abbia adempiuta, in pregiudizio di colui che abbia omesso di adempierla, a colui che l'abbia adempiuta prima, in pregiudizio di colui che l' abbia adempiuta in epoca posteriore. Il concetto di fare dell' annotazione una condizione per l' efficacia della cessione, della surrogazione e della dazione in pegno del credito ipotecario rispetto ai terzi, è assolutamente escluso dalla lettera e dallo spirito dell' art. 1994 cod. civ. La legge non dice che la cessione, la surrogazione e la dazione in pegno devono essere an-

(1) MELUCCI, *op. cit.* Lez. XIV, n. 1.

notate, e tanto meno che non producono effetto se non sono rese pubbliche mediante l'annotazione. La legge dice questo degli atti soggetti a trascrizione (art. 1832, 1942 cod. civ.), dice questo quanto alla ipoteca (art. 1965, 1981 cod. civ.); ma nell'art. 1994 dice soltanto che il cessionario, la persona surrogata o il creditore che ha in pegno il credito iscritto possono fare annotare in margine alla iscrizione l'atto relativo, precisando gli effetti che ottengono col valersi di questa facoltà. L'annotazione non influisce adunque sulla validità della cessione, della surrogazione e del pegno del credito, nè sulla sua efficacia di fronte ai terzi, ma ha soltanto i limitati effetti che sono precisati nell'articolo in esame. Questi diversi rapporti giuridici sono governati in tutto e per tutto dalle disposizioni di legge che li riguardano: la cessione, dall'art. 1539 cod. civ. per il quale il cessionario acquista diritto verso i terzi quando ha intimato al debitore la seguìta cessione, o quando il debitore l'ha accettata con atto autentico; la surrogazione, dagli articoli 1252, 1253 cod. civ., ove sono stabilite le condizioni richieste per la sua efficacia, e sono precisati i casi in cui si verifica per convenzione o per disposto di legge: il pegno del credito, dall'art. 1881 cod. civ., pel quale il privilegio nascente dal pegno non ha luogo sopra i crediti, se non quando il pegno resulta da atto pubblico o da scrittura privata e ne è fatta notificazione al debitore del credito dato in pegno.

Fra due cessionari di uno stesso credito, fra due che abbiano pagato con surrogazione lo stesso creditore, fra due creditori che abbiano ottenuto lo stesso credito in garenzia, la preferenza non è determinata dalla priorità dell'annotazione, ma bensì dalle norme proprie di ciascuno di questi rapporti giuridici. L'annotazione non è condizione per l'acquisto del diritto, nè per la sua efficacia di fronte ai terzi, ma è una semplice forma esterna, che ne assicura l'esercizio nei limiti nettamente tracciati dall'art. 1994 cod. civ.

462. Una recente sentenza della corte di cassazione di Napoli ha trattato diffusamente la questione. Stimiamo utile riprodurla.

« Quanto alla presente quistione, per la quale la scuola e
« la giurisprudenza non sono d'accordo, questo supremo collegio
« non trova a doversi discostare dai suoi precedenti pronunziati
« emessi in casi simili, nel senso cioè che per la prelazione tra
« più cessionari dello stesso grado ipotecario debbasi stare alla
« perfezione della cessione nel modo dettato dall'art. 1539 del
« codice vigente e non mica all'annotazione in margine o in calce
« dell' ipoteca, per la quale è fatta facoltà al cessionario a mente
« dell' altro precitato art. 1994 del codice medesimo. E ciò per
« le seguenti brevi considerazioni.

« La iscrizione dell' ipoteca, in difetto della quale questa ri-
« mane senza effetto, è richiesta allo scopo, secondo il codice
« vigente, di definire il grado fra i creditori ipotecari del me-
« desimo debitore (art. 2007 e seg.); ma essa è del tutto estra-
« nea e non riflette i rapporti di diritto fra i cessionari dello
« stesso credito ipotecario, o del grado soltanto di tale credito;
« invece cotesti rapporti sono disciplinati dall' art. 1539 del co-
« dice, pel quale è disposto che la preferenza fra essi cessionari
« rimanga stabilita dalla priorità dell' intimazione al debitore del-
« l'avvenuta cessione, o dall' accettazione che ne faccia costui
« mercè apposito atto autentico, senza fare nessuna distinzione fra
« credito ipotecario e chirografario.

« Che lo interesse di ciascun creditore ipotecario dello stesso
« debitore nel giudizio dei gradi verso i creditori che gli sono
« avanti per l' iscrizione sta nell' accertamento dell' esistenza del
« credito, della conservazione nei modi di legge dello stesso, non
« avendo essi interesse nelle dispute che si potessero venir fa-
« cendo circa la preferenza fra i diversi cessionari dello stesso
« creditore iscritto, sia del credito, sia del solo grado ipotecario.

« Avvegnachè simiglianti dispute vanno risolute con le norme
« sanzionate per il trasferimento dei crediti e loro accessorii delle
« quali non è fatta parola nelle disposizioni del codice risguar-
« danti l'ordine delle ipoteche dei creditori del medesimo debitore,
« bensì in quelle che disciplinano la cessione dei crediti, e in
« queste senza far distinzione tra cessione di credito chirografario
« od ipotecario, come innanzi si è osservato, va indicato un modo
« unico di trasferimento quanto ai terzi, quello cioè dell' art. 1539
« detto di sopra.

« Nè la disposizione nuova del codice vigente, l' art. 1994
« cioè, pel quale è data facoltà al cessionario di far seguire l'an-
« notazione della cessione in margine della iscrizione, importa
« una innovazione ai codici, i quali ammettevano pel cessionario
« il semplice cambiamento di domicilio nel registro delle ipote-
« che. Arrogi che il legislatore italiano, nel fine di evitare dub-
« biezza, ha con l' articolo medesimo precisato gli effetti di tale
« novello provvedimento di utile garentia pel cessionario, cioè
« che dopo cotesta annotazione non possa essere cancellata l' iscri-
« zione senza il consenso del cessionario, surrogato o creditore
« pignoratizio, per quanto riguarda l' interesse dei medesimi.

« Il nuovo articolo del codice italiano testè indicato, che fa-
« culta l' annotazione della cessione in margine o in calce della
« iscrizione, importa certamente un miglioramento delle disposi-
« zioni concedenti al cessionario di eleggere in suo favore il do-
« micilio nella iscrizione primitiva; ma come il cambiamento ad
« elezione di domicilio, avente di comune consenso lo stesso scopo
« dell'annotazione concessa col precitato art. 1994, non era mica
« un dovere, sibbene una mera facoltà pel cessionario, così è pure
« l'annotazione: può, dice cotesto articolo. Ond' è che da quanto
« si è innanzi considerato discende che nel conflitto fra diversi
« cessionari di uno stesso credito ipotecario, o del grado dell' i-
« poteca ad esso annessa, sempre quando esiste, la preferenza sia

« determinata dalla priorità della notifica della cessione al debitore, « o della accettazione fattane da costui, a mente dell' art. 1539, « non già dell' annotazione in margine o in calce dell' iscrizione « di cui è parola nell' art. 1994 » (1).

463. L' annotazione della iscrizione ipotecaria non ha pertanto importanza nel risolvere le varie questioni che possono presentarsi intorno alla preferenza da darsi al cessionario, alla persona surrogata, al creditore pignoratizio, di fronte ad altro che si trovi nella identica situazione giuridica; la preferenza non è data infatti dall' anteriorità dell' annotazione, ma dalle regole proprie del rapporto giuridico che all' annotazione ha dato luogo.

Così, mentre fra più cessionarii dello stesso credito la preferenza è determinata, non già dall' anteriorità dell' annotazione, ma bensì dall'anteriorità della notificazione al debitore del credito ceduto, o dalla di lui accettazione, nel caso di surrogazione accordata dal debitore a più creditori in tempi diversi, niuno di essi ha ragione di preferenza, ed il reparto si fa tra essi per contributo, non ostante che alcuno di essi si fosse procurata l' annotazione del concessogli subingresso (2).

---

(1) Cass. Napoli, 7 giugno 1895, *Annali di giur. it.*, 1893, I, I, 433. In senso conforme: Cass. Torino, 26 ottobre 1892, *Foro it.*, 1898, I, 33; Cass. Napoli, 10 aprile 1893, *Legge*, 1893, II, 407; Cass. Torino, 2 marzo 1888, *Giur. tor.*, 1880, 592; Cass. Firenze, 12 luglio 1880, *Annali di giur. it.*, 1880, I, I, 404. La contraria opinione, che può dirsi ormai definitivamente abbandonata, era stata propugnata dalla corte d' appello di Napoli nella sentenza del dì 11 luglio 1881, *Foro it.*, 1881, I, 855 con nota dubitativa del prov. avv. NICOLA SORGENTE. V. ancora in questo senso la sentenza della stessa corte 10 ottobre 1870, *Giur. it.*, XXII, II, 664 citata senza osservazioni in contrario da POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 294 in nota; Lucca, 7 luglio 1882, *Annali di giur. it.*, XVI, III, 516. La opinione da noi accolta nel testo è propugnata validamente da MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XIV, n. 2; da RICCI, *Dr. civ.*, X, 217 e da MIRABELLI, *Della ipoteca*, 76, *Diritto de' terzi*, I, 355. Quanto al diritto francese cons. Cass. fr. 7 marzo 1865, *Dalloz per.*, 1865, I, 121; stessa corte 29 maggio 1866, *Dalloz per.*, 1866, I, 481, nonchè TROPLONG, *op. cit.*, 89 e 366.

(2) Torino, 11 decembre 1868, *Giur. tor.*, V, 201.

La cessione parziale di uno stesso credito dà luogo a gravi difficoltà. Il cedente che si è riservato una parte del credito concorre con i cessionari per contributo, quando la vendita dell'immobile ipotecato non produce un prezzo sufficiente a far conseguire l'intero pagamento del credito? I vari cessionarii parziali successivi concorrono sul prezzo, o conseguono pagamento in ragione del tempo della cessione respettiva?

I quesiti relativi a tali questioni furono posti dal commissario senatore Stara in seno alla commissione di coordinamento del vigente codice civile, ma la commissione ritenne essere cosa molto pericolosa di fare in un codice l'applicazione di principii generali a casi speciali, ed essere conveniente abbandonare siffatte applicazioni alla giurisprudenza (1).

È certo però che le soluzioni proposte dal senatore Stara, favorevole al reparto per contributo, tanto nei rapporti del cedente coi cessionarii, quanto nei rapporti dei vari cessionarii fra loro, muovevano da considerazioni desunte dalla sostanza del diritto ed erano affatto indipendenti dalla formalità dell'annotazione la quale non attribuisce prelazione alcuna (2).

464. Visti gli effetti dell'annotazione, che sono soltanto quelli enunciati nell'art. 1994 cod. civ., ben poco rimane da dire intorno agli effetti della sua mancanza. Questi non possono essere altro che quelli che si argomentano *a contrario sensu* dello stesso articolo. Conseguentemente la ipoteca può essere cancellata su semplice consenso del creditore originario, titolare, della iscrizione, se il cessionario, la persona surrogata, il creditore che ha ot-

---

(1) *Processi verbali*, LX, 2.

(2) Le proposte Stara, che non riportiamo per amore di brevità, difettavano di senso pratico, perchè nella cessione parziale ogni cessionario stipula la prelazione di fronte al cedente, e quindi il cessionario successivo, e lo stesso cedente, praticamente non ottengono pagamento se non quando è pagato integralmente il primo cessionario.

tenuto il pegno sul credito, non hanno avuto cura di eseguire l'annotazione. Con la cancellazione della ipoteca essi verranno a perdere l'azione reale ipotecaria e non avranno che un' azione di risarcimento contro colui che ha indebitamente consentito la cancellazione.

In secondo luogo la mancanza di annotazione farà sì che le notificazioni tutte, alle quali dà luogo la iscrizione ipotecaria, saranno fatte unicamente al creditore iscritto, non al cessionario, al surrogato, al creditore pignoratizio, che non si sono curati di adempiere le formalità.

Ciò prova la importanza dell' annotazione e dà luogo a riflettere se non sia per avventura da accogliersi la opinione di un moderno scrittore della materia, il quale vorrebbe che, a somiglianza di quanto si è fatto nella legge belgica del 1851, si subordinasse alla formalità dell'annotazione la efficacia della cessione, della surrogazione e del pegno di fronte ai terzi. Ben dice questo scrittore che « nella cessione di un credito ipotecario, oltre che « la trasmissione di un diritto di obbligazione, vi è pur quella « di un diritto reale immobiliare, qual' è la ipoteca che protegge « il credito; epperò interessa ai terzi di conoscere la sorte di « siffatta ipoteca, in quanto essi, vedendola sui registri iscritta « a favore del cedente, trovano in quella iscrizione un elemento « della sussistenza del credito che essi acquistano, e quindi « un affidamento a contrattare; mentre poi si troverebbero de« frandati da un precedente cessione che loro sarebbe rimasta oc« culta » (1).

Il credito ipotecario, che nel sistema adottato dal legislatore non può essere acquistato con sicurezza, come se fosse un credito chirografario, perchè al momento in cui si stipula la cessione può essere ceduto ad altri, diverrebbe alla sua volta un perfetto

(1) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XIV, n. 3.

strumento di credito, quando l'annotazione fosse resa obbligatoria e operativa di effetto di fronte ai terzi. Sarebbe questo un passo di più verso la completa pubblicità del sistema ipotecario, alla quale si è per tanti rispetti accostato il nostro legislatore: risparmierebbe indagini spesso lunghe ed incerte, garenzie personali inutili, alle quali sarebbe sostituita l'ottima delle garenzie, la garenzia reale.

La ipoteca, che è mirabile strumento di credito nell'atto della sua costituzione, diverrebbe strumento egualmente mirabile di credito nell'atto della sua trasmissione, e il credito ipotecario si renderebbe più proficuo e meno costoso per la maggior faciltà della sua circolazione.

Così non saremmo ridotti ad invidiare a legislazioni della nostra più progredite quelli istituti che hanno, come la Gründschuld del diritto germanico, per precipuo obiettivo la rapida e sicura circolazione del credito ipotecario.

SEZIONE II

CESSIONE DEL GRADO IPOTECARIO E PATTI ANALOGHI.

SOMMARIO

465. Vari casi che possono verificarsi in proposito — 466. Cessione propriamente detta — 467. Postergazione o posposizione della ipoteca — 468. Permuta di gradi — 469. Validità e utilità di queste diverse convenzioni — 470. L'annotazione delle medesime, essendo facoltativa, non è operativa di speciali effetti di fronte ai terzi — 471. Preferenza fra più cessionarii dello stesso grado — 472. Preferenza di fronte ai cessionarii del credito — 473. Effetti dell'annotazione — 474. Norme direttive di questa.

465. Fra gli argomenti che nella materia ipotecaria hanno maggiormente affaticato la mente dei giuristi, tiene il primo luogo la cessione del grado ipotecario, non per la difficoltà dell'argomento in sè stesso, ma bensì per la mancanza di qualsiasi norma

legislativa in proposito (1). Noi stimiamo opportuno di tenerne parola in questo capitolo, non già perchè la validità o la efficacia della cessione del grado, nelle varie sue forme, sia subordinata all'annotazione, ma bensì perchè è con l'annotazione che si traducono in atto gli speciali rapporti giuridici che vengono a raggrupparsi sotto questa denominazione.

Dal principio generale che la ipoteca è un accessorio del credito, e che in tanto sussiste in quanto sussiste il credito che è destinata a garentire, principio già da noi sufficientemente illustrato nel volume I, discende la logica conseguenza che l'ipoteca non può essere di regola ceduta se non unitamente al credito per sicurezza del quale è stata iscritta.

Ciò non di meno si ammette che il creditore ipotecario possa cedere ad altro creditore della stessa persona, non già l'ipoteca, ma il grado della medesima, per modo che il cessionario consegua in luogo e vece del cedente, e senza pregiudizio dei terzi, quella prelazione che spetterebbe al medesimo (2). Pensatamente diciamo ad altro creditore; perchè la cessione non avrebbe senso, nè scopo, nè pratica utilità, quando fosse fatta a chi non è creditore; e aggiungiamo senza pregiudizio dei terzi; perchè ai terzi, e segnatamente ai creditori posteriori o chirografarii, poco monta che nel grado della ipoteca sia collocato un creditore od un altro, purchè la somma resti la stessa e non vengano peggiorate le loro sorti.

---

(1) Osserva a questo riguardo il MARCHESINI (*Studi di diritto civile e penale*, Bologna, Zanichelli 1882) che il patto in esame è uno dei fatti giuridici da cui sorgono le più intricate quistioni e riguardo al quale la oscillanza della giurisprudenza è maggiore perchè *« manca la guida sicura dei principii »*.

(2) Sulla validità dei patti di questa natura in generale, cons. Milano, 16 marzo 1871, *Giur. tor.*, VIII, 344; Cass. Torino, 1° giugno 1872, *Giur. tor.*, IX, 538; Cass. Firenze, 17 luglio 1880, *Annali di giur. it.*, XIV, I, I, 434; Firenze, 10 decembre 1879, *Annali di giur. it.*, XIV, III, 155.

Vari casi possono a questo proposito configurarsi, che vogliono essere distinti accuratamente.

In primo luogo la cessione del grado propriamente detta, che è il patto mediante il quale un creditore ipotecario, trasferisce in altro creditore, ipotecario o chirografario che sia, la utilità del suo grado, ossia il diritto di conseguire pagamento, nel giudizio d'ordine, con quella prelazione che a lui spetterebbe.

In secondo luogo la postergazione o posposizione del grado che dir si voglia, mediante la quale fra due creditori ipotecarii, aventi grado immediatamente successivo, si pattuisce che colui che è primo iscritto sia collocato dopo di colui che è iscritto posteriormente.

In terzo la permuta del grado, patto analogo al precedente, ma differente dal medesimo in questo senso, che ha luogo scambio di gradi ipotecarii fra due creditori non consecutivi, senza alterare i diritti e la situazione dei creditori intermedii.

Ognuno di questi casi richiede separato esame.

466. Se contro un determinato debitore esiste una prima iscrizione di 1000 a favore di Caio, non è vietato a Caio di cedere il suo grado ad altro creditore; sarà il cessionario che raccoglierà in suo luogo e vece il vantaggio della collocazione, senza che per questo venga peggiorata la condizione dei creditori posteriormente iscritti.

La validità della cessione e la sua efficacia in favore del cessionario, sono subordinate alla validità e all' efficacia dell' ipoteca iscritta in favore del cedente, che rimane sempre titolare dell' iscrizione. Della validità o nullità della ipoteca deve dunque giudicarsi in ragione della validità o nullità del credito per sicurezza del quale venne iscritta, non già in ragione della validità o nullità del credito a favore del quale avvenne la cessione (1).

---

(1) In questo senso la Cass. di Roma ebbe a decidere che venendo meno il credito originariamente garentito con ipoteca, si rende inefficace la cessione

Non può dirsi pertanto che l'ipoteca costituita per sicurezza di un credito si trasporti sull'altro (1); l'ipoteca non è soltanto accessorio del credito, ma bensì accessorio di quel determinato credito in vantaggio del quale venne iscritta (2); con la cessione non cessa di esser tale; soltanto, nei diretti rapporti fra cedente e cessionario, questo consegue per effetto della cessione, la utilità che spetterebbe al primo, e la consegue facendosi collocare in sotto grado nel giudizio d'ordine.

Il diritto reale non è dunque modificato nella sua sostanza e nel suo modo di essere; per convenzione intervenuta fra le parti ne è trasferita la utilità dall'una all'altra. Deriva da ciò che l'annotazione è anche qui, come nella cessione del credito, formalità facoltativa non obbligatoria; e che fra più cessionarii dello stesso grado, come fra più cessionarii dello stesso credito, la preferenza non spetta a chi ha annotato prima la fattagli cessione, ma bensì a chi prima l'ha notificata al debitore o ha riportato a di lui accettazione a norma di quanto dispone l'art. 1539 Cod. civ. (3).

---

del grado. Dichiarato simulato il credito, cade la ipoteca e non può sopravvivere la cessione che ne sia stata fatta. (Sentenza del 24 febbraio 1893, *Corte supr.*, 1893, 53).

(1) Torino, 12 decembre 1891, *Giur. tor.*, 1892, 267.

(2) Veggasi a questo riguardo la brillante confutazione data dal LAURENT (*op. cit.*, XXXI, 326 seg.) della contraria opinione del VALETTE (*Priv. et hyp.*, 210) seguita da tutti gli scrittori francesi, come AUBRY e RAU, MARTOU e PONT. Il principio che l'ipoteca accessorio del credito non può distaccarsi dal medesimo, ci sembra opportunamente conciliato con le esigenze della pratica, mediante il temperamento suggerito nel testo.

(3) La Cass. di Napoli, decidendo in questo senso la questione, osservò che sarebbe strano che mentre pel *cessionario del credito* è bastevole, per aver diritto verso ai terzi, che si sia fatta l'intimazione al debitore della seguìta cessione, o che questi l'abbia accettata con atto autentico, pel *cessionario del grado ipotecario*, che è qualche cosa di meno importante, necessitasse anche

467. Veniamo adesso al secondo caso, al caso cioè della postergazione o posposizione del grado ipotecario: si ha anche qui un patto lecito, che genera rapporti puramente personali fra i due creditori in esso interessati. Tizio, che sarebbe primo iscritto, consente di essere secondo rispetto a Caio, che per tal modo diventa primo. In altri termini, Tizio rinunzia alla priorità del grado in favore di Caio; Caio, che sarebbe stato secondo, diventa primo; Tizio, che sarebbe stato primo, diventa secondo. I terzi non risentono alcun danno: dato infatti che le due ipoteche si susseguano sul registro, e non siano frammezzate da altre iscrizioni, nulla importa ai terzi che prima sia collocato Tizio e dopo Caio, o che venga alterato quest' ordine di precedenza. Se due ipoteche sommate insieme rappresentano un valore di 1000; i creditori posteriori sanno di avere avanti ipoteche per 1000; la distribuzione di queste 1000 fra Tizio e Caio non li riguarda affatto. Dato pure che dall' immobile ipotecato, detratte le spese privilegiate, si ricavino 800, anzichè 1000, sarà per essi indifferente che la perdita ricada sull' uno o sull' altro dei primi creditori iscritti; essi, iscritti posteriori, perdono lo stesso, e non hanno interesse nella distribuzione.

Anche qui l'annotazione è facoltativa, non obbligatoria, utile non indispensabile formalità.

---

l'annotazione (sentenza del 10 aprile 1893, *Sinossi giur.*, 2ª serie, fasc. 77, articolo 1994, pag. 74). Il Ricci (*op. cit.*, X, 216), negando sulla scorta del Laurent, che la ipoteca costituita per sicurezza di un credito possa essere trasportata sopra un credito diverso, ed equiparando a questo la così detta cessione del grado, che per lui è cessione della ipoteca, ammette però che il patto relativo sia efficace a creare rapporti personali fra i due creditori, in modo che il creditore iscritto posteriormente abbia diritto di conseguire dal creditore anteriore l'equivalente della collocazione che questo consegue in forza della sua ipoteca: noi andiamo alquanto più in là, ammettendo che il cessionario abbia diritto di farsi collocare in sotto grado con la ipoteca del cedente, essendo questo appunto lo scopo della cessione.

Il creditore ipotecario secondo iscritto a cui favore è stata postergata la prima ipoteca, ha interesse di richiedere l'annotazione onde resulti dal registro il suo diritto di anteriorità; ma anco se l'annotazione non sia stata richiesta, e conseguentemente non sia stata eseguita, può prevalersi nel giudizio d'ordine dell'atto col quale è stata consentita la postergazione a suo favore, per domandare l'inversione delle collocazioni.

Anzi, in questo caso speciale, l'annotazione non ha neppure lo scopo indicato dall'art. 1994 d'impedire la cancellazione della ipoteca: il secondo iscritto a cui favore è stata postergata la prima iscrizione, tanto diventa primo se questa è cancellata, quanto se è rispettato il patto di postergazione. Si argomenta da ciò che il patto medesimo, quantunque annotato in margine alla iscrizione, non impedisce che questa sia cancellata col semplice consenso del creditore postergante, non avendo il postergatario interesse alcuno a impedire la cancellazione.

Da tutto ciò resulta che la postergazione, a differenza della cessione, non dà luogo a collocazione in sotto grado; il secondo è collocato primo, e il primo secondo, come se fosse realmente invertito l'ordine delle rispettive iscrizioni.

468. In terzo luogo si ha, come si è detto, la permutazione del grado, la quale, a somme uguali, può operare i suoi effetti fra i creditori consenzienti, restando inalterata la situazione dei creditori intermedii. Tizio primo iscritto per 1000, conviene con Caio, terzo o quarto iscritto per egual somma, prenderà il suo grado accontentandosi egli del grado spettante a Caio. È un patto lecito, che spiega i suei effetti fra le parti contraenti, che non giova nè pregiudica ai terzi, e segnatamente ai creditori intermedii. Il patto è stato confuso con la così detta postergazione, ma erroneamente (1), perchè se il creditore che ha una ipoteca

---

(1) Cass. Torino, 4 giugno 1880, *Annali di giur. it.*, 1880, I, 1, 307: « La « postergazione secondo i dettami della dottrina è quel contratto mediante

in data 1 gennaio 1894 la postergasse a quella di un altro creditore in data 1 gennaio 1896, e vi fossero dellé ipoteche intermedie, iscritte nel 1895, verrebbe a perdere la sua anteriorità anco rispetto a queste, lo che non certamente nella sua intenzione, imperocchè egli tende unicamente a favorire il creditore con il quale contratta, e in vantaggio del quale modifica il suo diritto di prelazione, non già a favorire gli altri che rimangono estranei alla convenzione.

Nell' aspetto di permuta dei gradi il patto in esame fu considerato da un antico scrittore, il Salgado: « Creditor inferior, « cui per priorem solum jus praelationis permissum aut concessum fuit, consequitur gradum potiorem, et locum anteriorem, « consentientis, et in praelatione ejus subrogatur, ita ut non solum « praeferatur ipsi anteriori cedenti aut patienti et permittenti, « verum et omnibus creditoribus intermediis, prout eis praeferri « debebat anterior, si suam praelationem et suum locum retinuisset, non alterasset, nec diminuisset, ita ut creditores intermedii « omnes suum proprium gradum et locum immutabiliter conservant: quia solum personarum anterioris et posterioris creditoris « fit reciproca trasformatio, ac graduum locorumque permutatio, « inter eos facta intelligitur, ultimo in locum prioris, et priore in « locum ultimi subrogato » (1).

« il quale un creditore munito di un' ipoteca anteriore conferisce ad un creditore posteriore, avente ipoteca sullo stesso immobile, *dopo altri creditori « intermedii,* il diritto di godere della prelazione inerente alla sua ipoteca an« teriore ».

(1) Salgado, *Labyr. creditor.*, pars. 3, cap. 13. Anco il Carabelli (*Diritto ipotecario*, II, 232), cade nell' errore rilevato nel testo chiamando patto di postergazione questo, che è propriamente patto di permutazione del grado ipotecario: « Con questi medesimi principii (la libertà contrattuale, la considerazione « che non si offende alcun interesse) si può giustificare il patto che volgarmente « si chiama col nome di postergazione e si stringe quando il creditore ipote« cario anziano conferisce al posteriore creditore, avente ipoteca sopra lo stesso

L' utilità di questo patto, che accorda a capitalisti men fiduciosi la sicurezza reale dell' antico creditore, fu posta in luce dal Carabelli (1) il quale sulla scorta del De Olea e del suo illustratore Cencinio d' Arezzo, opportunamente ne determina le modalità (2): ed è veramente strano come i moderni commentatori sorvolino sopra le modalità e gli effetti di un patto di tanta importanza, confondendo l' una cosa con l' altra, e non tenendo conto degli ammaestramenti della pratica antica.

469. In tutti questi casi non si ha cessione della ipoteca, la quale non può andare disgiunta dal credito per sicurezza del quale è stata iscritta, nè del diritto di preferenza, ma bensì cessione dell' uso e dell' esercizio di questo diritto; un creditore conviene che rimanendo in lui fermo il credito e ferma l' ipoteca, col diritto di preferenza che è alla medesima inerente, altri si prenda i vantaggi di questa preferenza, assoggettandosi a correre la sorte deteriore che a lui toccherebbe in ragione del suo grado.

Come si può rinunziare all' ipoteca in vantaggio di tutti i creditori iscritti posteriormente, e la rinunzia è annoverata in questo senso fra le cause di estinzione dell' ipoteca nell' art. 2029 cod. civ., vi si può egualmente rinunziare in vantaggio di un

---

« fondo dopo altri creditori intermedii, il diritto di godere della prelazione attribuita alla sua ipoteca anteriore ».

(1) *Op.* e *loc. cit.*, § LII, n. 5.

(2) De Olea, *De cess. jur.*, tit. 6 n. 11 caratterizzava il patto con le seguenti parole: « Quod creditor praelationis ius alteri posteriori creditori « recte cedere potest, manente credito et hypotheca ». Su di che il Cencinio, *Addit. aur. ad De Oleae tract. de cess. jur.*, lib. 6, quaest. 6, num. 11: « Ex qua « locorum permutatione intra primum et tertium nullum secundo damnum « infertur: quia cum primus esset secundo potior, pro quantitate verbigratia 100, nihil ei interest, ut ille ex ea exigat prius a debitore, an exigatur a tertio ».

creditore determinato; in tal caso la ipoteca non si estingue; soltanto ne raccoglie i vantaggi il creditore in contemplazione del quale la rinunzia è stata emessa.

Sarebbe assurdo che chi può fare il più, cioè rinunziare all'ipoteca producendone la estinzione, non potesse fare il meno, cioè rinunziare ai vantaggi che dall' ipoteca possono derivargli a profitto di altro creditore; la posizione di questo determina poi l'indole del patto occorrente perchè questa rinunzia abbia il suo effetto, e si ha la cessione del grado se è fatta a favore di un creditore chirografario, la postergazione se è fatta a favore di un creditore ipotecario iscritto subito dopo, la permuta del grado se fra il renunziante e il renunziatario esistono creditori intermedii.

Quello che è certo si è che niuno ha mai dubitato della validità di patti di questo genere, la utilità dei quali è incontestata, specialmente quando si tratta di contrarre mutui con istituti che per legge, come quelli di credito fondiario, o per consuetudine e per disposizione dei loro statuti, come le casse di risparmio, non prestano che su prima ipoteca. I beni da ipotecarsi sono spesso colpiti da ipoteche legali, specialmente a favore della moglie per sicurezza della dote o dei lucri dotali; e poichè l'ammontare del relativo credito non può dimettersi col ricavato del mutuo, che non basterebbe, in tale caso, alla dimissione delle altre passività la postergazione della ipoteca dotale viene eseguita col consenso, del marito e della moglie e con autorizzazione del tribunale in conformità di quanto dispone l'art. 1405 cod. civ. (1).

Pur troppo questo provvedimento, utile in qualche caso, e

---

(1) In argomento consulta: Cass. Torino, 18 luglio 1894, *Giur. tor.*, 1894, 559, che ritenne nulla una postergazione d'ipoteca dotale consentita dal marito e non dalla moglie non intervenuta all'atto di consenso, per quanto avesse domandato al Tribunale la relativa autorizzazione.

atto a salvare la pericolante fortuna di una famiglia, resulta dannoso e anche rovinoso in altri; ma questo non è un argomento per condannare il sistema e tanto meno per dirlo inattuabile; è piuttosto un argomento per eccitare i tribunali a non dipartirsi dal rigoroso precetto della legge, la quale vuole che l'autorizzazione sia data soltanto nei casi di necessità o di utilità evidente; quando ricorre l'uno o l'altro di questi estremi, quando i tribunali ne hanno richiesto la prova specifica, e non si sono accontentati di nude affermazioni, è pienamente osservato il disposto della legge.

470. I diversi patti, di cui teniamo discorso, possono dar luogo all'annotazione della iscrizione ipotecaria per analogia di quanto è disposto nell'art. 1994 cod. civ. Come può annotarsi la cessione del credito ipotecario, può annotarsi la cessione del grado, o la sua postergazione, che sono una forma speciale che la cessione assume in ragione della posizione respettiva dei contraenti l'uno rispetto all'altro. Però l'annotazione, che non è imposta da veruna disposizione di legge, è anche qui facoltativa non obbligatoria; tanto che il creditore che avrebbe diritto di ottenerla, e non si cura di richiederla, può valersi dell'atto nel giudizio d'ordine per conseguire esso i vantaggi della collocazione ipotecaria che spetterebbe al suo cedente.

Si tratta di un rapporto personale fra i contraenti, al quale gli altri creditori restano perfettamente estranei, non risentendone nè vantaggio nè danno.

Su tutto ciò non cade dubbio. Sorge però a questo punto una questione che importa risolvere.

L'annotazione, per quanto facoltativa, è operativa di effetto di fronte ai terzi quando sia eseguita? In altri termini, è dessa una forma di pubblicità che spiega i suoi effetti di fronte ai terzi, come li spiega l'ipoteca in forza della sua iscrizione?

In difetto di una disposizione di legge che autorizzi ad affer-

marlo, ci sembra che la risposta a siffatto quesito non possa che essere negativa.

La questione va esaminata di fronte a più successivi cessionari dello stesso grado ipotecario, e di fronte ai cessionari del credito garantito.

Lo faremo in separati numeri.

471. Fra più cessionari dello stesso grado ipotecario non deve essere preferito colui che per primo ha annotato la cessione in margine alla iscrizione ipotecaria, ma bensì colui che per primo ha riportato la cessione. Questi, a rigor di termini, avrebbe potuto essere il primo ad annotare, ma poichè l' annotazione era per lui una facoltà, non un obbligo, non si può far derivare una decadenza a suo danno dal non avere egli fatto uso della facoltà stessa. Se è il secondo cessionario, o il terzo, che ha avuto cura di annotare la propria cessione, l' anteriorità del grado apparirà spettare a lui, stando alle resultanze dei registri; ma nel giudizio d' ordine non si sta unicamente a queste risultanze; si esaminano i titoli respettivi; e dall' esame dei titoli resulterà la preferenza dovuta al cessionario anteriore di data, malgrado che il secondo, od il terzo, abbia avuto cura di richiedere l' annotazione.

La questione fu risoluta in questo senso dalla corte d' appello di Napoli in una sentenza del 6 luglio 1876: non si parla in essa dell' annotazione, ma dati i principii ammessi dalla sentenza, è evidente che l'adempimento di tale formalità non avrebbe modificato i diritti delle parti: « Considarando che i signori Ca-« solaro, Orsano ed Arenaro si sono tutti e tre appellati dalla « disposizione emanata con la sentenza appellata di essere am-« messi in contributo fra loro col grado ipotecario ad essi ceduto « dal sig. Brosca. Ognuno di essi, nel mutuare il suo danaro « ai debitori Buonocore, ottenne dal sig. Brosca la cessione del « suo grado ipotecario. Questi contratti avvennero in tempi di-« versi. Ora nella specie la cessione del grado non suona altro

« che preferenza. In effetti Brosca cedendo il suo grado a Ca-
« solaro, che è il primo di data, non fece altro che metterlo in-
« nanzi a lui, prendendo egli il posto posteriore. Quello che fece
« col primo, fece col secondo e col terzo; epperò se ognuno di essi
« ha una preferenza nel grado secondo la data della cessione,
« ognuno di essi debb' essere collocato con l' epoca della preferenza
« ottenuta. Il contributo disposto dal tribunale avrebbe potuto
« verificarsi se fossero stati cessionari ognuno di parte del credito
« di Brosca, e fossero stati collocati in sott' ordine a lui. Allora,
« essendo tutti condomini del suo credito, non potendovi essere
« ragione di prelazione tra loro, non ostante la cessione del grado
« ipotecario contro l' espropriato, debitore cedente, dovevano
« venire in contributo fra loro. Ma nella specie essi sono i cre-
« ditori diretti dello espropriato, e vengono *jure proprio*, ma con
« la preferenza ognuno del grado ipotecario ceduto da un creditore
« anteriore » (1).

La corte d' appello di Torino ritenne in caso consimile che dovesse invece procedersi a reparto per contributo, ma riconobbe che l' annotazione della cessione del grado, fatta in margine alla iscrizione ipotecaria, non attribuiva diritto di preferenza al creditore annotante (2), che è precisamente quello che noi sosteniamo, tenuto conto della natura puramente facoltativa dell' annotazione.

472. Scendendo adesso a esaminare la questione di fronte ai cessionari dello stesso credito ipotecario, del quale era stata prima ceduta l' anteriorità del grado, noi dobbiamo anzitutto ricordare una importante sentenza della corte di cassazione di Roma del 14 decembre 1877, nella quale fu ritenuto che il cessionario del grado ipotecario potesse sperimentare il suo diritto di preferenza in pregiudizio del posteriore cessionario del credito, solo

(1) *Annali di giur. it.*, VIII, 3, 521.

(2) Sentenza 11 decembre 1868, *Annali di giur. it.*, III, 2, 97.

se avesse resa pubblica la cessione conseguita per via di annotazione (1).

Dopo aver affermato che la validità del patto di posposizione di una ipoteca iscritta, ad altra da iscriversi, non può essere seriamente contestata, « poichè anche il diritto di preferenza cui dà « vita la ipoteca iscritta è bene privato commerciabile », dopo avere precisato qual'è l'effetto del patto stesso fra le parti contraenti, la citata sentenza scende a esaminarne l'effetto riguardo ai terzi, ed in ispecie riguardo ai cessionari del credito garantito dalla ipoteca della cui iscrizione fu pattuita la posposizione a favore di altra posteriormente iscritta dallo stipulante; ed in proposito così si esprime: « Il conflitto nasce fra le due ipoteche: « poichè, per effetto di quel patto, l'uno vuole invertir l'ordine, « l'altro mantenerlo in base alle date delle respettive iscrizioni. « Ma la pretesa del primo è illegale. Imperciocchè il conflitto « fra più diritti ipotecarii viene risoluto dalla priorità della iscri« zione (art. 2007 e 2008). Se dunque l'iscrizione dell'ipoteca « che garantisce il credito ceduto rimane anteriore all'iscrizione « dell'altra ipoteca, la preferenza alla prima e non alla seconda « debb'essere concessa. Per il contrario avviso invano si presenta « la considerazione che il patto di posposizione dà vita a rap« porti veramente obbligatorii la cui efficacia riguardo ai terzi « non è subordinata a veruna iscrizione o annotamento nei re« gistri ipotecarii poichè essa è incompiuta. Innanzi tutto sta la « regola che i contratti non hanno effetto che fra le parti con« traenti (art. 1130 cod. civ.); e non è dimostrato, nè può dimo« strarsi, che la legge abbia fatto eccezione per il patto di pospo« sizione ipotecaria: dappoichè da essa non è neppure nominato « in verun luogo. Secondariamente, quando si conviene che l'ipo« teca posteriore debba aver la preferenza sull'anteriore, si mo-

---

(1) Cass. Roma, 14 decembre 1877, *Giur. it.*, 1878, I, 155.

« difica il diritto di prelazione il quale è reale. Or la modifica
« zione di questo diritto non può aver effetto riguardo ai terzi,
« se non osservata la formalità necessaria a rendere il diritto me-
« desimo efficace riguardo ai terzi, cioè la iscrizione, o quanto
« meno l'annotazione nei régistri ipotecarii, al modo stesso che
« deve essere trascritto, non solo l'atto che costituisce una servitù,
« ma quello eziandio che la modifica (art. 1932, 2°). E se vo-
« gliasi il negozio giuridico ancor quì riguardare sotto l'aspetto
« della rinunzia alla preferenza, torna opportuno ricordare la di-
« sposizione 3ª di questo stesso articolo 1932, per trarne argo-
« mento di conferma alla stessa sentenza. Senza di ciò lo scopo
« della pubblicità fallirebbe, dappoichè quegli che acquista un
« credito avente garanzia ipotecaria sopra un determinato im-
« mobile, ha riguardo certamente, e in modo precipuo, al rap-
« porto reale fra il credito e l'immobile, alla condizione giuri-
« dica di questo, in relazione a quello, insomma al grado della
« stessa garantia ipotecaria: il qual rapporto, la quale condizione,
« la quale garantia, non sarebbero a suo danno, siccome sono
« designati nel registro pubblico, ma in quel diverso modo nel
« quale piacque ai due paciscenti di ridurli con convenzione oc-
« culta. Nè ha valor di sorta la circostanza che sia cessionario
« di quella stessa persona che consentì la posposizione dell'ipo-
« teca, colui che ora invoca il principio della poziorità della ga-
« rantia ipotecaria del credito avuto in cessione per anteriorità
« della iscrizione; giacchè esso cessionario è manifestamente terzo
« rimpetto alle parti che nella posposizione ipotecaria convennero.
« E non è esatta in tutta la generalità del suo enunciato la regola
« che il cessionario sia tenuto a tutte le obbligazioni assunte dal
« cedente rispetto al credito ceduto ed ai suoi accessorii, e che
« non possa acquistare più diritti di quelli conservati dal cedente
« medesimo, trovarsi in miglior condizione, mentre contro di
« esso non ha effetto nemmeno la cessione del credito fatta ad

« altri anteriormente, ma intimata ovvero accettata dopo che della « sua abbia fatto intima al debitore ceduto, o questi l'abbia ac- « cettata; eppure colla cessione anteriore il cedente erasi privato « del suo credito; sicchè nella realtà delle cose in secondo luogo « non cedette nulla ».

Noi conveniamo che *de jure contendendo* le considerazioni contenute in questa importante sentenza avrebbero molto peso, ma non ci sembrano ispirate a un chiaro concetto di quello che è il patto in discorso, abbandonato com'è, nel completo silenzio della legge, ai principii generali del diritto.

Quando il creditore ipotecario che ha consentito la posposizione della sua ipoteca cede il credito, non può trasferire nel cessionario maggiori diritti di quelli che si è riservati; nè è bene invocata la massima che i contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti, mentre l'articolo 1130, pur proclamando questa massima, lascia chiaramente intendere che essi vincolano pure i loro eredi ed aventi causa; il cessionario del credito non può dirsi un terzo, mentre ha causa dal cedente; nè in mancanza di una disposizione espressa di legge che subordini la efficacia del patto di posposizione ipotecaria a una determinata forma di pubblicità, può dirsi terzo riguardo al medesimo. La sentenza riconosce che una prima cessione del credito ipotecario, convalidata con la intimazione al debitore, o con l'accettazione per parte di quest'ultimo, prevarrebbe in ragione dell'anteriorità sua, sopra una seconda cessione che il cedente fosse per farne, senza che tale prevalenza dovesse essere raccomandata a forme esteriori; ma se così è, e non può dubitarsene, non si comprende perchè la cessione del grado non dovrebbe attribuire al cessionario la pattuita preferenza, per l'unica ragione che fosse stata successivamente consentita la cessione del credito garantito.

L'errore principale della sentenza surriferita sta a parer nostro nell'aver considerato il patto di posposizione ipotecaria come

una modificazione del diritto reale di prelazione in che consiste l'ipoteca, mentre in realtà con esso si stabilisce un semplice rapporto personale fra i contraenti, in virtù del quale l'uno acquista il diritto di conseguire la utilità che spetta all'altro in ragione della sua iscrizione: caduta tale premessa, cade la conseguenza, e l'argomento tratto dalla necessità di rendere pubbliche le convenzioni che modificano servitù prediali, o importano rinunzia alle servitù stesse, apparisce del tutto infondato e inapplicabile.

La formalità dell'annotazione è meramente facoltativa, e dalla sua omissione non possono derivare conseguenze così importanti come quelle che la sentenza della corte suprema romana vorrebbe trarne (1).

473. Sebbene la efficacia del patto sia pertanto indipendente dall'annotazione, certo è che l'adempimento di tale formalità presenterà pel creditore lo speciale vantaggio di cui è parola nell'art. 1994 cod. civ., il vantaggio cioè che la ipoteca del quale gli è stata ceduta l'anteriorità non potrà essere cancellata senza il suo consenso. Mentre la cancellazione è per lui perfettamente indifferente quando si tratta di semplice postergazione, perchè radiata la prima ipoteca postergata alla sua, questa diventa prima, ed egli consegue il suo scopo come se la postergazione avesse il suo effetto, non è così quando vi sono dei creditori intermedii, perchè la cancellazione può ridondare in vantaggio di questi ultimi.

Si suppongano due ipoteche, prima e seconda di grado, ciascuna per l'ammontare di 100, gravanti un fondo venduto all'asta

---

(1) La sentenza fu largamente confutata in uno scritto di Orefici, pubblicato nel *Monitore dei tribunali di Milano*, 1883, 97, e da Luzzati nel suo trattato sulla *Trascrizione*. Della questione si occupa anco il Borsari (*Commento*, § 4229) ma con poca chiarezza. V. ancora nel senso propugnato nel testo: Melucci, *op. cit.*, Lez. XIX, n. 4, 5. Nel senso della Cass. di Roma: Lucca, 7 luglio 1882, *Annali di giur. it.*, XVI, III, 516. Nel senso contrario: Cass. Firenze, 12 luglio 1880, *Annali di giur. it.*, XIV, I, 404.

per 100. Il creditore primo iscritto aveva postergato la sua ipoteca a favore del secondo iscritto; ma non avendo questi annotato la consentita postergazione, il primo iscritto consente la cancellazione, che il conservatore eseguisce: niun danno risente il creditore a cui favore era stata consentita la postergazione, perchè consegue con la propria ipoteca, divenuta prima, l'intero prezzo, come se avesse avuto pieno effetto la postergazione. Ma se le ipoteche di 100 iscritte sul fondo venduto 100 sono tre, e il terzo iscritto aveva permutato il suo grado col primo, la cancellazione consentita da questo pregiudica quello, perchè mancando la prima iscrizione il prezzo va per intero al secondo iscritto che diventa primo.

L'esempio pratico che abbiamo addotto dimostra una volta di più come sia deplorevole la mancanza di ogni norma legislativa in proposito.

In pratica si supplisce con eseguire l'annotazione, e il conservatore, una volta che una iscrizione ipotecaria è annotata in margine, non ne eseguisce la cancellazione senza il consenso del creditore annotante; ma è un fatto che vi sono in questa materia dubbii e difficoltà che un articolo di legge avrebbe completamente eliminate.

474. Sulla scorta di una dotta nota contenuta negli *Annali di giurisprudenza italiana* in calce alla citata sentenza della corte d'appello di Torino 11 decembre 1868 (1), crediamo opportuno di aggiungere a maggior chiarimento della materia le seguenti considerazioni.

I. Per la esistenza e per la efficacia del patto in esame è necessaria condizione che il credito anteriore il cui grado viene ceduto al creditore posteriore e chirografario, o permutato con quello del primo, sia un credito non eccezionabile dai creditori

(1) *Annali di giur. it.*, III, II, 70.

posteriori o intermedii; imperocchè nel caso contrario, questi creditori che avrebbero avuto diritto di eliminarlo, se cessione o permuta non fosse avvenuta, ben potrebbero, anco fatta la cessione o la permuta, dedurre contro di quello le loro opposizioni, all'effetto che, distrutto il credito, sparisca la ipoteca, e con essa la ceduta o permutata anteriorità di grado. Altrimenti avverrebbe che un creditore anteriore, conoscendo la insussistenza del suo credito, potrebbe cedere la sua ipoteca ad un ultimo creditore, avente un titolo certo ed ineccezionabile, e con tal mezzo eludere i diritti dei creditori i quali potrebbero eccezionare il suo credito, e avevano forse contato di eccezionarlo quando prestarono il loro danaro.

Occorre appena avvertire che questa prima condizione non ha valore alcuno di fronte alla semplice inversione di grado consentita fra i titolari di due iscrizioni prese l'una di seguito all'altra. In questo caso, in cui si verifica la così detta postergazione o posposizione di una ipoteca all'altra, cadendo la ipoteca postergata, diventa prima l'altra a favore della quale è stata consentita la postergazione e il creditore postergatario ottiene egualmente pagamento col primo grado ipotecario. La questione della insussistenza dell'ipoteca per insussistenza del credito non ha quindi interesse per lui, e va proposta unicamente contro il creditore postergante.

II. Per la stessa esistenza ed efficacia del patto è poi necessario che il credito del cedente sussista sempre nel giorno in cui in virtù del patto stesso voglia ottenersi il sotto grado o la collocazione diretta nel grado del cedente medesimo. Il grado infatti non è che una qualità dell'ipoteca, come la ipoteca, alla sua volta, non è che una qualità del credito. Ora, se il credito, che è l'ente sostanziale, sia venuto ad estinguersi, nell'intervallo fra la cessione e il giudizio di graduazione, nel quale il diritto di anteriorità stato ceduto vuol farsi valere, alla estinzione del cre-

dito non può sopravvivere la ipoteca, e per conseguenza il grado di essa, per la ragione che non può esistere una qualità senza subietto, un accessorio senza principale. Si ammetta pure che l'ipoteca, o il grado della ipoteca, possa staccarsi dal credito e costituire un modo di garanzia per altri che non sia il creditore cui fu concessa; ma la logica e il diritto insegnano che la vita di questa ipoteca, e del suo grado, non può mai essere una vita propria e indipendente. Vivrà la ipoteca finchè vive il credito; ma estinto il credito essa pure dovrà estinguersi (1).

III. È finalmente da osservare che a qualunque somma ascenda il credito del surrogato, questi non può farlo valere, di fronte ai creditori intermedii, se non nei limiti dell'ipoteca del cedente. E qui non occorre dimostrazione alcuna, stante il principio inconcusso della specialità dell'ipoteca, non soltanto riguardo ai beni con essa gravati, quanto ancora riguardo alla somma per la quale è stata iscritta.

SEZIONE III

ALTRI CASI NEI QUALI SI FA L'ANNOTAZIONE.

SOMMARIO

475. Enumerazione di questi casi. Norme di legge che vi si riferiscono.

475. L'annotazione serve inoltre per far constare delle rettificazioni di cui al capoverso dell'art. 1998 cod. civ., di quelle cioè che tendono a correggere omissioni o inesattezze non inducenti incertezza assoluta nei requisiti essenziali dell'iscrizione, secondo è stato dichiarato nel Capitolo precedente.

Deve però trattarsi di rettificazione vera e propria, non di

(1) L. 179, § 1, D. *de reg. jur.* (L. 17): « Ubi principalis causa non con« sistit, ne ea quidem quae sequuntur locus habent ». L. 1 Cod. *de distract. pignor* (XIII, 28): « Si creditor debitum consequutus sit, ipso iure pignus ab « obligatione liberatus est ». Art. 2029, n. 1 cod. civ.

cambiamento di quei requisiti, non segnatamente di trasporto da fondo a fondo, pel quale occorre una nuova iscrizione e il pagamento di una nuova tassa (1).

L'annotazione serve ancora per far constare del cambiamento di domicilio regolato dall'art. 1995 cod. civ. In questo caso però non è facoltativa ma obbligatoria, nel senso che il cambiamento non ha effetto se non è reso noto ai terzi interessati per via di annotazione (2).

La materia non presenta difficoltà; la forma è la stessa. L'atto in virtù del quale si procede all'annotazione, deve essere consegnato al conservatore, e rimanere in deposito presso di lui; non occorre presentazione di note, occorre bensì la istanza di cui nella legge 8 agosto 1895.

Finalmente per via di annotazione si fa constare della cancellazione totale o parziale di una iscrizione ipotecaria. Ma di ciò sarà tenuto parola a suo luogo.

Anco della cancellazione della iscrizione e della sua riduzione quanto alla somma e quanto ai beni gravati, si fa constare mediante annotazione in margine alla iscrizione stessa.

Ma di ciò parleremo di proposito nei capitoli seguenti.

---

(1) La contraria opinione manifestata dalla corte d'appello di Genova con sentenza del 19 luglio 1867 (*Annali di giur. it.*, I, 2, 475) non apparisce accettabile in modo alcuno.

(2) Art. 1995 cod. civ.: « È in facoltà del creditore o del suo mandatario « o del suo erede od avente causa di variare il domicilio eletto nell'iscrizione « sostituendovene un altro nella stessa giurisdizione. Il cangiamento sarà an- « notato dal conservatore in margine o in calce alla iscrizione. La dichiara- « zione del creditore circa il cambiamento del domicilio deve resultare da atto « ricevuto o autenticato da notaio, e rimanere in deposito nell'ufficio del con- « servatore ».

CAPO IV

DELLA RIDUZIONE DELLE IPOTECHE.

SOMMARIO

476. Casi di riduzione ammessi dalla legge. Divisione della materia.

476. Avvertimmo già che il diritto d' ipoteca, rivelato dalla iscrizione, modificato nei suoi effetti dalla annotazione, è anche modificato talvolta nella estensione sua dalla riduzione (sopra n. 425); è tempo adesso di parlare di questo speciale negozio giuridico del quale il legislatore si occupa nella Sezione VII, Capo II, Titolo XXIII, Libro III cod. civ. (art. 2024-2028).

La riduzione si opera in due modi, cioè col restringere la ipoteca ad una parte soltanto dei beni indicati nella iscrizione, o col ridurre a quantità minore la somma per cui l' iscrizione fu presa (art. 2024 cod. civ.).

Ciò può avvenire anzi tutto per libera convenzione intervenente fra creditore e debitore, in quanto l' uno richiede e l' altro consente che l' ipoteca sia ristretta per ciò che riguarda i beni gravati, o per ciò che si riferisce alla somma per la quale è stata originariamente iscritta.

Si ha allora una cancellazione parziale volontaria, della quale si fa constare mediante annotazione: il consenso del creditore deve resultare da atto pubblico o da atto privato autenticato da notaio o accertato giudizialmente, debitamente legalizzato se sia stato posto in essere in paese estero (art. 2033 cod. civ.).

Quando avviene un pagamento parziale, e ancora quando, pur rimanendo tuttavia dovuta la somma originaria, il creditore si convince della esuberanza della riportata garenzia, accade spesso che sia consentita la riduzione della ipoteca quanto alla somma o quanto ai beni.

Facendosi luogo allora alla cancellazione parziale si appli-

cano le regole stesse che la legge stabilisce per ciò che attiene alla cancellazione totale e che saranno da noi esaminate a suo luogo: la parte non può essere regolata diversamente dal tutto, ed è perfettamente inutile esporre adesso le norme regolatrici della materia, che troveranno più acconcia sede nel capitolo destinato alla cancellazione dell'ipoteca.

Avvertiamo soltanto che il creditore dovrà avere, in generale, capacità di alienare, perchè la cancellazione, anche parziale, di una ipoteca, è atto di alienazione (art. 2034 cod. civ.); dovrà avere inoltre, in particolare, capacità di disporre della ipoteca in suo favore iscritta, perchè se l'avesse ceduta od oppignorata ad altri, o se altri fosse rimasto surrogato nelle sue ragioni per una delle cause ammesse dalla legge, e del fatto constasse mediante regolare annotazione, il consenso del creditore rimarrebbe inefficace, ove non concorresse ancora il consenso dell'annotante (articolo 1994, capov. 2, cod. civ.).

Ma non è della riduzione volontaria della ipoteca, operantesi per accordo delle parti, che il legislatore si occupa nella sezione che imprendiamo ad esaminare; la materia è rilasciata all'arbitrio dei contraenti in omaggio ai principii di libertà che governano la materia contrattuale: la legge annovera la rinuncia fra le cause giuridiche per le quali la ipoteca si estingue (articolo 2029, n. 3 cod. civ.); se la rinuncia è totale, si fa luogo alla totale e definitiva cancellazione; se la rinuncia è parziale, si fa luogo a cancellazione egualmente parziale in perfetta corrispondenza con il consenso prestato dal creditore iscritto. Il legislatore si occupa della riduzione coattiva che il debitore ottiene per via di sentenza dell'autorità giudiziaria competente, emanata in contraditorio del creditore, sia che questo si renda opponente, sia che, non comparendo in giudizio, annuisca alla dimanda.

Anco se è convenuto per la riduzione della ipoteca, il creditore può troncare il corso della domanda giudiziale proposta

contro di lui, consentendo spontaneamente la riduzione domandata; allora si rientra nel caso considerato più sopra e non si fa luogo all'applicazione delle norme speciali fermate nella Sezione VII.

Ma se il creditore si oppone, o resta contumace, e non si presta a consentire volontariamente la cancellazione parziale, ha luogo un giudizio contradittorio dinanzi l'autorità competente, che si chiude con sentenza definitiva la quale non può ricevere la sua esecuzione se non quando è passata in giudicato secondo dispone l'art. 2036 cod. civ.

Per procedere con ordine è utile esaminare separatamente:

a) Per quali ipoteche e in quali casi è concessa l'azione di riduzione;

b) Con quali forme si procede per ottenere la riduzione stessa.

Esamineremo per ultimo, in una apposita Sezione, a chi facciano carico le spese relative.

SEZIONE I

PER QUALI IPOTECHE E IN QUALI CASI È CONCESSA L'AZIONE DI RIDUZIONE.

SOMMARIO

477. Riduzione delle ipoteche legali — 478. Riduzione delle ipoteche giudiziali — 479. Ipoteche convenzionali. Possono essere ridotte in certi casi quanto alla somma. Non però quanto ai beni gravati — 480. La domanda può essere proposta da qualunque interessato — 481. Casi nei quali può operarsi la riduzione — 482. Riduzione quanto alla somma — 483. Riduzione quanto ai beni — 484. Come si opera questa ultima riduzione — 485. La ipoteca non è riducibile quanto ai beni quando colpisce un solo immobile — 486. Applicazioni pratiche del principio — 487. Iscrizioni per separazione di patrimoni — 488. Riduzione delle ipoteche generali costituite sotto le leggi anteriori.

477. L'azione di riduzione è concessa anzi tutto per le ipoteche legali contemplate ai numeri 3, 4, 5 dell'art. 1969 cod. civ. (art. 2026 cod. civ.). La determinazione della somma e la de-

signazione dei beni gravati sono, nei tre casi cui si riferiscono quei tre numeri del citato articolo, opera del creditore o di chi agisce nel suo interesse. Se il debitore trova che la iscrizione presa contro di lui è eccessiva quanto al valore dei beni gravati, o quanto alla somma iscritta, può proporre l'azione della quale ci stiamo occupando.

Ciò si applica in primo luogo al marito contro cui il notaio che ha ricevuto l'atto di costituzione dotale ha iscritto la ipoteca legale investendo per sicurezza di una dote relativamente tenue un patrimonio esuberante; non varrebbe obbiettare che la ipoteca poteva nel contratto di matrimonio essere limitata a determinati beni, e che il marito deve imputare a sè stesso di non avere invocato tempestivamente questo provvedimento; è vero che quando l'ipoteca non è stata nel contratto limitata a determinati beni ha luogo sopra tutti quelli che il marito possiede al momento in cui la dote è costituita (art. 1969 n. 4 capov. 1 cod. civ.); ma è vero del pari che la legge accorda al marito l'azione di riduzione, quando siffatta estensione della ipoteca si risolve in una cautela eccessiva ed in un vincolo esuberante. Che se poi nel contratto di matrimonio l'ipoteca legale fosse stata limitata a beni determinati, la domanda di riduzione non sarebbe ammessa quanto ai beni, perchè dovrebbe applicarsi il principio generale dell'articolo 2025 cod. civ. pel quale « non è ammessa la domanda di « riduzione delle ipoteche, nè riguardo alla quantità dei beni, nè « riguardo alla somma, se l'una o l'altra sia stata determinata « per convenzione o per sentenza ». Il marito è parte, e parte necessarissima, nel contratto di matrimonio; la quantità dei beni gravati fu quindi determinata per convenzione e per conseguenza non può aver luogo l'azione di riduzione. Lo stesso è a dirsi quanto alla somma. Se l'ipoteca fu iscritta dal notaio per somma determinata nel contratto di matrimonio, il marito non può domandare la riduzione; ma se nel silenzio del contratto a questo

riguardo, il notaio iscrisse la ipoteca per somma eccessiva, la riduzione può domandarsi.

In secondo luogo il principio dell' art. 2026 cod. civ. si applica al tutore che trova eccessiva, quanto ai beni o quanto alla somma, la ipoteca legale iscritta per sicurezza della sua gestione a norma dell' art. 1969, n. 3 cod. civ. combinato con l' art. 292 dello stesso codice. Non osta che per questo ultimo articolo sia il consiglio di famiglia che determina la somma per la quale la cauzione deve essere prestata, e i beni del tutore sui quali deve essere iscritta la relativa ipoteca legale, quando il tutore non preferisca di prestare cauzione in altro modo; il consiglio di famiglia ha in questa materia un potere discrezionale, ma non sconfinato; ed ove ne faccia uso immoderato, vincolando il patrimonio del tutore in modo non corrispondente al bisogno, il tutore può con l' azione di riduzione provvedere alla tutela del suo interesse.

Finalmente l' art. 2026 cod. civ. contempla il caso del n. 5 dell' art. 1969 cod. civ. ove più facile è l' abuso perchè la iscrizione si prende senza il menomo concorso, neppure indiretto, della volontà del debitore: il marito può esercitare una influenza sul notaio che iscrive la ipoteca legale della moglie, il tutore può esercitarla sul consiglio di famiglia che determina la estensione della ipoteca legale del minore o dell' interdetto; nell' uno e nell' altro caso possono intervenire accordi, che non hanno luogo nella iscrizione della ipoteca contro colui che è condannato o sottoposto a procedimento penale. Quanto più è libera in questo caso l' azione di chi rappresenta lo Stato, creditore delle spese di giustizia, quanto più è facile l' esagerazione della parte civile nel calcolare il risarcimento che può esserle dovuto, tanto più deve essere accordata al debitore una efficace protezione, affinchè per un reato di poco entità pecuniaria non si intralci con una iscrizione eccessiva l' andamento dei suoi interessi.

La legge eccettua le ipoteche legali dell' alienante e del con-

dividente di cui ai numeri 1 e 2 dell' art. 1969 cod. civ. Di queste la riduzione non può essere domandata, perchè la loro origine contrattuale determina preventivamente i beni che ne sono gravati e l' ammontare della somma iscritta; sono i beni venduti, o altrimenti alienati, o quelli caduti in divisione; è il prezzo rimasto insoluto, o il conguaglio dovuto da un condividente all' altro. Non possono quindi farsi questioni di eccesso nella garenzia, perchè non ha luogo l' arbitrio del creditore, e anche perchè la più importante di queste ipoteche, quella dell' alienante, è generalmente iscritta d' ufficio dal conservatore (1985 cod. civ.).

478. L' azione di riduzione è concessa in ogni caso per le ipoteche giudiziali. La legge dà diritto al creditore che ha ottenuto sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili o all' adempimento di un' altra obbligazione, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni, di colpire con l' ipoteca giudiziale i beni presenti e futuri del suo debitore, finchè non abbia ottenuto il completo pagamento di tutto ciò che in forza della sentenza gli è dovuto; ma se egli può usare largamente di questo diritto, onde ottenere la completa sicurezza del suo credito, non deve abusarne, dando originariamente alla iscrizione una estensione eccessiva, o continuando a colpire i beni che pervengono nel debitore, mentre quelli già colpiti precedentemente garantiscono a sufficienza la prestazione principale dovuta in virtù della sentenza ed i suoi accessorii.

La disposizione dell' art. 2026 cod. civ. tempera ciò che l' ipoteca giudiziale può avere in sè di eccessivo, imperocchè dà modo di evitare che per un debito relativamente lieve si arrechi impaccio soverchio alla circolazione della proprietà. Con ciò si elimina uno degl' inconvenienti di questo istituto, che pur troppo molti ne presenta; imperocchè il creditore, che sa di essere esposto all' azione di riduzione, è cauto di proporzionare la garenzia ipotecaria alla entità del credito, e non abusa della facoltà accor-

datagli dalla legge; se poi ne abusa, e il debitore ne risente danno, ha un efficace rimedio nell'azione di riduzione.

Anche nel caso d'ipoteca giudiziale la somma è determinata per sentenza quando la condanna è di una somma di danaro; e per conseguenza la iscrizione non può essere presa se non per la somma nella sentenza stessa indicata; l'arbitrio del creditore non può manifestarsi, in questo caso, se non per gli accessorii, che possono essere calcolati con eccesso abusivo, e anche in tale eventualità si farebbe luogo all'azione di riduzione; ma se la condanna è a consegnare cose mobili e immobili, o all'adempimento di un obbligo che può risolversi, se inadempiuto, nel risarcimento dei danni, è più facile che si verifichi abuso per parte del creditore nella determinazione della somma iscritta.

La quantità dei beni gravati non è al contrario determinata mai per sentenza quando si fa luogo all'iscrizione dell'ipoteca giudiziale; la ipoteca nasce dal giudicato, che serve di titolo per iscriverla; ma non è ordinata dal giudicato, e tanto meno possono in esso essere indicati i beni sui quali l'ipoteca deve essere iscritta. Il disposto dell'art. 2025 cod. civ., in questa parte, non si applica dunque all'ipoteca giudiziale.

479. Venendo adesso a parlare della ipoteca convenzionale, occorre distinguere: la riduzione non può mai essere domandata quanto ai beni, perchè la quantità di essi è sempre determinata per convenzione. Infatti nell'atto costitutivo della ipoteca convenzionale i beni da sottoporvisi devono essere specificati con le indicazioni volute dalla legge e l'iscrizione non è valida se non per quei beni riguardo ai quali l'ipoteca è stata consentita dal debitore. Una volta che questi ha costituito l'ipoteca su beni eccedenti l'ordinaria misura della garenzia dovuta al creditore, non può insorgere contro il fatto proprio, e non può agire per ottenere la riduzione. Neppure se i beni che avessero avuto originariamente un valore appena sufficiente a garantire il credito, avessero

poi acquistato, per costruzioni nuove o per altri miglioramenti, un valore di gran lunga maggiore; perchè non è questa l'eventualità prevista dalla legge, la quale contempla invece il caso che fino dal momento della iscrizione, presa senza concorso della volontà del creditore, questi abbia colpito una quantità di beni maggiore di quella che sarebbe stata necessaria per la piena sicurezza del creditore iscritto. La riduzione può invece nella ipoteca convenzionale essere domandata quanto alla somma, se questa non è stata determinata nell'atto costitutivo, o in un atto posteriore, ma è stata determinata invece del creditore nella nota presentata per l'iscrizione, in virtù della facoltà conferitagli dall'art. 1992 capov. cod. civ. Può darsi che costituendo una ipoteca per garenzia di una obbligazione che non consiste nel pagamento di una somma di danaro, per esempio di una obbligazione di fare o di non fare, o anche di dare una cosa determinata, il debitore non abbia precisato, nell'atto costitutivo o dichiarativo del credito, o in un atto posteriore, la somma per la quale la ipoteca deve essere iscritta. In tal caso, per la citata disposizione, la determinazione della somma può farsi dal creditore nella nota per l'iscrizione, presumendo la legge che il debitore gli abbia conferito un lecito mandato a tale oggetto; ma se il creditore, abusando della fiducia in lui riposta, eccede nella misura, e iscrive per 1000 una ipoteca destinata a garantire una obbligazione il cui adempimento può arrecare, al massimo, un danno di cento, è aperta al debitore la via per ottenere la riduzione della ipoteca in più giusti limiti.

Lo stesso è a dire quando l'ipoteca è consentita per sicurezza di un credito illiquido; non potendosene determinare il preciso ammontare, al momento della sua costituzione, può darsi che le parti determinino in modo approssimativo la somma per la quale deve essere iscritta; ma può darsi ancora che il debitore lasci al creditore la cura di determinarla, e in tal caso, se il debito liqui-

dato resulta poi di gran lunga minore, è data facoltà al debitore di proporre la domanda di riduzione.

Le disposizioni della legge, chiarissime riguardo alle ipoteche legali e giudiziali, non lo sono egualmente riguardo all'ipoteca convenzionale; pur tuttavia ci sembra che il principio posto nell'art. 2025 cod. civ., non possa essere inteso come se nella legge fosse scritto non potere in niun caso essere domandata la riduzione se la ipoteca è convenzionale; la riduzione non può essere domandata se la quantità dei beni e la somma sono determinate per convenzione; ma poichè anco nella ipoteca convenzionale la somma può essere determinata senza convenzione, per fatto unilaterale del creditore iscrivente, la soluzione da noi proposta non può incontrare seria difficoltà (1).

480. Fin qui abbiamo parlato del debitore, che è la persona la quale si trova più spesso nel caso di domandare la riduzione; ma la domanda può essere proposta da chiunque vi abbia interesse. Infatti l'art. 2026 cod. civ. espressamente dispone che le ipoteche devono ridursi « *sopra domanda degl' interessati* » nei casi indicati in detto articolo.

La riduzione può pertanto essere domandata non soltanto

---

(1) La opinione da noi propugnata è sostenuta dal MELUCCI (*op. cit.*, Lez. XVII, n. 3) il quale in proposito così si esprime: « Breve: l'iscrizione eccessiva nella somma o nei beni, per qualunque specie d'ipoteca, convenzionale, legale o giudiziale, è riducibile tutte le volte che l'eccesso dipenda dal fatto e dal criterio esclusivo dell'iscrivente, mancando una preventiva determinazione contrattuale o giudiziale dei due elementi oggettivi della ipoteca. Nel fatto poi avverrà, che nella ipoteca convenzionale l'atto costitutivo, dovendo determinare necessariamente i beni soggetti al vincolo, determinerà anche, ordinariamente, la somma garentita; ciò che a prima giunta può far credere non essere mai riducibile la iscrizione di una ipoteca convenzionale; come di fatti non lo è mai rispetto ai beni, ma può esserlo rispetto alla somma ». Nello stesso senso: POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 404; RICCI, *Dir. civ.*, X, 260.

dal debitore, ma altresì dal terzo possessore di un immobile, che abbia interesse a vederlo liberato da una ipoteca gravante altri beni rimasti in proprietà del debitore, sufficienti alla sicurezza del credito garantito con la ipoteca stessa; ed anco un creditore ipotecario posteriormente iscritto, potrebbe avere interesse a proporre la domanda, non soltanto per ciò che riguarda la quantità dei beni, come generalmente s' insegna, ma anche per ciò che riguarda la somma, la quale, essendo eccessiva, potrebbe rendere apparentemente illusoria la sua garenzia, mentre gli compete un grado utile (1).

Per ciò che riguarda la riduzione quanto ai beni, il diritto del creditore ipotecario posteriore può in certi casi acquistare una grandissima importanza. Si supponga infatti che Tizio abbia iscritto una ipoteca giudiziale per sicurezza di un credito di L. 15.000 sopra i fondi A e B del valore di L. 30.000 ciascuno e che Caio iscriva posteriormente una ipoteca convenzionale per sicurezza di

(1) Il Ricci (*op.* e *loc. cit.*) dice che i creditori iscritti posteriormente non possono risentire alcun vantaggio da una riduzione della somma per la quale è iscritta la ipoteca anteriore, perchè qualunque sia la somma enunciata nella iscrizione l' ipoteca non ha efficacia se non a concorrenza della minor somma dovuta; ma questa osservazione non comprende tutti i lati della questione e per ciò non è esauriente. Si supponga che un creditore secondo iscritto, trovandosi nella necessità di cedere il suo credito, debba dimostrare che la sua ipoteca ha grado utile: chi può negare in lui l' interesse a domandare la riduzione dell' ipoteca anteriore alla sua, che sia iscritta per somma maggiore di quella dovuta? Alla opinione da noi sostenuta si accosta il Pochintesta (*op. cit.*, II, 406) che ammette incondizionatamente la proponibilità dell'azione per parte del creditore ipotecario: la formula però non è esatta: bisogna dire creditore ipotecario posteriore; il creditore ipotecario anteriore non può dirsi interessato nella riduzione. I diversi casi sono esattamente formulati da Melucci (*op. cit.*, Lez. XVII, n. 6) il quale giustamente osserva che un creditore ipotecario posteriore può avere interesse a domandare la riduzione dell' ipoteca anteriore per aumentare il valore commerciale del suo credito prima della espropriazione.

un credito di L. 30.000 sul solo fondo A. Caio ha diritto di domandare la riduzione della ipoteca di Tizio al fondo B, onde rimanere unico iscritto sul fondo A. Non varrebbe obiettare che non vi ha interesse perchè se Tizio si paga sul prezzo del fondo B, Caio resta primo iscritto sul fondo A, e se Tizio invece ottiene pagamento sul prezzo del fondo A, Caio è surrogato, per l'art. 2011 cod. civ., nella ipoteca spettante a Tizio sul fondo B; dato infatti che Tizio, prima che l'azione ipotecaria venisse esercitata, consentisse la cancellazione della sua ipoteca dal fondo B, verrebbe necessariamente a pagarsi sul fondo A, ipotecato anche a favore di Caio, e questi risentirebbe un pregiudizio irreparabile (1). La legge, prevedendo il pericolo, accorda a Caio, come interessato, il diritto di domandare la riduzione.

481. La riduzione, lo abbiamo già avvertito in principio riportando la disposizione dell'art. 2024 cod. civ., si opera in due modi: col restringere l'ipoteca ad una parte soltanto dei beni indicati nella iscrizione, o col ridurre a quantità minore la somma per cui l' iscrizione fu presa.

Dell' uno e dell' altro occorre tenere separato discorso.

482. La riduzione a quantità minore può essere domandata se la somma determinata dal creditore nella iscrizione eccede di un quinto quella che è dal giudice dichiarata dovuta (art. 2026 cod. civ.). In altri termini, perchè la riduzione possa essere domandata, occorre che la somma iscritta superi di un quinto almeno la somma dovuta; una eccedenza minore del quinto non darebbe luogo all'azione di riduzione.

Il codice francese, imitato in ciò dai precedenti codici vigenti in Italia, non stabilisce un limite preciso, ma attribuisce al giudice un potere discrezionale, saviamente moderato dal legi-

(1) MELUCCI, *op. e loc. cit.*

slatore nostro (1), il quale ha ben compreso i pericoli del sistema precedentemente in vigore.

Anco nel sistema del codice italiano è lasciato aperto l'adito all'arbitrio del giudice per ciò che attiene alla dichiarazione della somma dovuta. Ammesso infatti che si tratti di credito illiquido, che se il credito è liquido l'ammontare della iscrizione è dato dall'ammontare del credito, il giudice dichiara qual'è, secondo il suo prudente arbitrio, la somma dovuta; e se la somma arbitrariamente iscritta dal creditore supera di un quinto quella dichiarata dal giudice, questi ordina la riduzione.

La disposizione in esame è intesa in questo senso da autorevoli scrittori (2), nè ci sembra che possa ricevere una spiegazione diversa: quella data da altri, che cioè si debba attendere la liquidazione definitiva del credito per pronunciare sulla domanda di riduzione della ipoteca (3), non è indubbiamente da accogliersi, perchè disconosce lo scopo e la natura della riduzione.

Pronunziata la riduzione, la ipoteca si riduce alla somma determinata dal magistrato, non a una somma superiore a questa ma non eccedente il quinto. La contraria opinione espressa da uno

---

(1) Art. 2164 Cod. francese: l'excès, dans ce cas, est arbitré par les juges « d'après les circonstances, les probabilités des chances et les présomptions de « fait de manière à concilier les droits vraisemblables du créancier, avec l'in- « térêt du credit raisonnable à conserver au débiteur, sans préjudice des nou- « velles inscriptions à prendre avec hypothèque du jour de leur date, lorsque « l'événement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte ». Identicamente disponevano le leggi civ. napolet., art. 2058; il cod. parmense, art. 2210; il cod. estense, art. 2212; il cod. albertino, art. 2267; il regolam. pontificio, art. 227; la legge ipot. toscana, art. 139. Il limite del quinto, imposto allo sconfinato arbitrio del giudice, è una novità introdotta dal nostro legislatore.

(2) Ricci, *op. cit.*, X, 262. La questione è diffusamente trattata dal Mirabelli, *Delle ipoteche*, pag. 227 e seg.

(3) Pacifici-Mazzoni, *Ipoteche*, Vol. II, pag. 122, 77.

dei ricordati scrittori (1), non può essere approvata, perchè approvandola si renderebbe illusorio il disposto della legge (2).

483. Veniamo adesso al secondo caso, al caso, cioè che da qualsiasi interessato si domandi di restringere la ipoteca ad una parte soltanto dei beni indicati nella iscrizione (art. 2024 codice civ.). La relativa domanda può proporsi se i beni in essa compresi hanno valore eccedente la cautela da somministrarsi (articolo 2026 cod. civ.) e il legislatore elimina in proposito l'arbitrio del giudice disponendo che il valore dei beni è reputato eccedente quando supera di un terzo l'importare dei crediti iscritti, accresciuto degli accessorii a norma dell'articolo 2010 (articolo 2027 cod. civ.).

---

(1) MIRABELLI, *op. cit.*, pag. 2:0.

(2) Di fronte a disposizioni del tutto nuove, mancando la guida consueta dei commentatori del codice francese, gli scrittori nostri vagano in un mare d'incertezze. Così il MIRABELLI, di solito assai conciso, si diffonde in considerazioni non tutte conformi allo spirito e alla lettera della legge. Dopo aver saviamente osservato che per operare la riduzione non deve attendersi la liquidazione definitiva del credito, che può essere ritardata dalla pendenza di un termine, o di una condizione, o dalla stessa difficoltà della operazione, ma deve starsi alla determinazione della somma fatta dal giudice, alla quale chiaramente allude l'art. 2026 cod. civ., così continua: « E poichè cotal giudizio « è provvisionale, da valere cioè solo per decidersi della riduzione, e non già « per la definitiva determinazione della somma, così per tutelare maggior« mente il diritto del creditore gli si consente di aumentare di un quinto la « somma che il giudice ha dichiarato in modo provvisorio dovuta, pel possi« bile caso che la somma da liquidarsi definitivamente potesse risultar mag« giore della provvisoria ». Questo è manifesto errore: nessuna parola della legge autorizza a supporre che il creditore, determinata, sia pure provvisoriamente, la somma dal giudice, abbia questa facoltà; se la somma iscritta supera di un quinto quella dichiarata dal giudice, si fa luogo alla riduzione; se non vi è eccedenza, o se la eccedenza è minore del quinto, non si fa luogo alla medesima; questo, e non altro, è il disposto della legge. Dire che se il giudice dichiara dovuta una somma di 5000 è consentito al creditore di mantenere l'iscrizione per 6000, è affatto arbitrario e contradetto dal testo dell'art. 2026 cod. civ.

Dato adunque che la quantità dei beni gravati non sia stata determinata per convenzione o per sentenza (art. 2025 cod. civ.), nel qual caso la ipoteca non è suscettiva di riduzione, gl'interessati possono domandare in contradittorio del creditore che l'ipoteca sia ridotta entro i limiti del giusto; sommato per ciò il capitale, con tre annate d'interessi al saggio pattuito nel titolo costitutivo del credito o dichiarato nella sentenza di condanna, e con le spese di cui all'art. 2010 cod. civ., si riduce la ipoteca se il prodotto ottenuto supera di un terzo il valore dei beni; non si riduce se non oltrepassa questo limite.

La disposizione non è nuova; una consimile si riscontra nel codice francese e nelle diverse leggi ipotecarie che erano in vigore in Italia prima della promulgazione del codice civile (1); ma il codice francese va un passo più oltre, perchè stabilisce anche il modo nel quale deve essere determinato il valore dei beni colpiti dalla iscrizione, dichiarando che deve tenersi conto della rendita resultante dalla matrice dei ruoli della contribuzione fondiaria, e che i giudici possono ancora prevalersi dei dati che possono desumersi da contratti di locazione non sospetti, da processi verbali di stima che si fossero precedentemente stesi in epoche non remote, e da altri simili, valutando la rendita alla media proporzionale dei resultati di queste diverse notizie (art. 2165 cod. civ. francese). Il codice nostro tace su questo punto, lasciando al prudente arbitrio del giudice la scelta del metodo da seguire per determinare il valore dei beni ipotecati.

---

(1) Art. 2162 Cod. francese: « Sont réputées excessives les inscriptions « qui frappent sur plusieurs domaines, lorsque la valeur d'un seul ou de quel- « ques-uns d'entre eux excède de plus d'un tiers, en fonds libres, le montant « des créances en capital et accessoires légaux ». Leggi civ. napol., art. 2056; cod. parmense, art. 2209; cod. estense, art. 2211; cod. albertino, art. 2267; Legge toscana, art. 135; il Regolam. pontificio elevava il limite alla metà (art. 221).

Un dato d'indiscutibile attendibilità è fornito, anco nel silenzio del codice, dai contratti di acquisto e di locazione posti in essere in epoca non sospetta; mancando però queste prove precostituite, e dovendo procedersi per via di valutazione, quella desunta dalla moltiplicazione del tributo diretto erariale, adottata dal legislatore per altri casi (1), è indubbiamente da preferirsi al sistema fallace pericolosissimo della stima diretta per via di perizia giudiciale (2).

I beni devono essere liberi da ipoteche anteriori; diversamente di tanto dovrebbe aumentarsene il valore, accresciuto di un terzo, di quanto apparissero gravati da precedenti iscrizioni: anche su ciò il codice francese e le leggi ipotecarie italiane anteriori al cod. civile hanno una disposizione preferibile a quella del codice nostro, perchè prevedono il caso e lo risolvono nel senso sopra indicato.

484. Posto che sia presentata domanda di riduzione della ipoteca quanto ai beni, e che il giudice abbia riscontrato che effettivamente il valore dei beni gravati determinato col suo prudente arbitrio in una data cifra supera di oltre un terzo l'ammontare dei

---

(1) Agli effetti della competenza per valore il codice di procedura civile dispone nell'art. 79 che il valore si determina moltiplicando per cento il tributo diretto verso lo Stato; agli effetti della subastazione l'art. 663 dello stesso codice dispone che si deve fare anzi tutto l'istanza per la nomina di un perito per procedere alla stima, ove non si faccia l'offerta di un prezzo non minore di sessanta volte lo stesso tributo. Fra le due disposizioni dovrebbe attendersi la prima, non la seconda; perchè là si determina il valore, sia pure empiricamente, quà si stabilisce invece il prezzo minimo sul quale si apre l'incanto. Il richiamo dell'art. 663 cod. proc. civ. fatto dal MIRABELLI (*op. cit.*, pag. 22) non ci sembra attendibile. V. però Bologna, 6 giugno 1888, *Riv. giur. Bol.*, XVI, 186.

(2) In questo conveniamo col MIRABELLI, che osserva nel luogo citato doversi diffidare delle perizie, che hanno fatto pessima prova, specialmente nelle operazioni di credito fondiario.

crediti iscritti accresciuti degli accessorii calcolati a norma dell'art. 2010 (1), la riduzione deve essere ordinata. Ordinarla, non è una facoltà ma un obbligo per il giudice, imperocchè la disposizione dell'art. 2026 cod. civ. è concepita in termini imperativi ed assoluti e la legge dà agl' interessati un vero e proprio diritto di esigerla quando ricorrono le condizioni dalla medesima stabilite (2).

Violerebbe per conseguenza l'art. 2026 cod. civ., e sarebbe censurabile in sede di cassazione, la sentenza di appello che dopo aver ritenuto in punto di fatto che il valore dei beni gravati supera di un terzo l'ammontare del credito iscritto in capitale e accessorii, non accordasse la riduzione; non sarebbe il caso di apprezzamento di fatto, ma di errore di diritto; o, per lo meno, l'apprezzamento di fatto, che fosse stato in proposito emesso, sarebbe l'effetto di un errore di diritto e potrebbe per ciò formare oggetto di fondato ricorso per violazione di legge.

Quando il valore dei beni gravati supera il limite fissato dalla legge l'ipoteca si riduce a questo limite, ossia si liberano tanti beni quanti sono necessarii perchè la ipoteca resti iscritta sopra altri che rappresentino una somma non superiore al credito garantito calcolato a norma dell'art. 2010 ed aumentato di un terzo.

---

(1) Gli accessorii devono essere calcolati in quanto siano dovuti; così se il debito fosse infruttifero, non dovrebbero essere calcolati gl' interessi; quanto alle spese non dovrebbero essere comprese nel computo quelle che resultassero non dovute, per esempio le spese dell' atto già pagate a suo tempo dal debitore.

(2) Fu anzi deciso che il diritto di domandare la riduzione è imprescrittibile e può per conseguenza essere esercitato in ogni tempo, anco decorsi 30 anni dalla data dell' iscrizione, che sia stata debitamente conservata con la rinnovazione, o sia esente da tale formalità, perchè si tratta di un vero diritto facoltativo e si applica perciò la nota massima, *in facultativis non currit praescriptio* (Roma, 9 luglio 1887, *Annali di giur. it.*, XXII, III, 118).

Per esempio: il credito iscritto, in capitale, interessi e spese, ammonta a L. 15.000; i beni ipotecati hanno un valore di L. 40.000; si liberano tanti beni per un valore di L. 20.000, lasciando gravati tanti beni liberi che abbiano un valore di L. 20.000. Il giudice nel suo prudente arbitrio determina quali beni devono essere liberati, quali no, sempre che, pronunziata in massima la riduzione, le parti non si mettano d'accordo intorno al modo di praticarla.

Noi argomentiamo la soluzione sopra scritta dallo spirito della legge e dai precedenti legislativi, segnatamente dell'art. 135 della legge ipotecaria toscana che era così concepito: « Debbe ri« guardarsi come eccedente la iscrizione tutte le volte che lo « stabile o gli stabili obbligati importano un prezzo che supera « il capitale del credito aumentato di quattro annate di frutti, « delle spese e inoltre di un terzo del valore cumulato di detti « articoli, netto da ogni gravame ed ipoteca. *La riduzione ha luogo « sul di più* ».

Non possiamo però dissimulare che la legge nostra, così com' è concepita, sembra condurre ad una soluzione diversa. Infatti il Melucci in proposito così si esprime: « Rispetto ai beni, come « si è detto, l' eccesso che può dar luogo alla riduzione è di un « terzo del loro valore su quello del credito iscritto. Quindi, se « per un credito iscritto di lire 12.000, calcolato nella somma « capitale ed interessi e spese di cui nell' art. 2010, il creditore « ah preso iscrizione sopra beni del valore di 16.000, l' interes« sato può pretendere che la iscrizione sia ristretta ai soli beni « che rappresentino il valore di 12.000. E qui si riproduce, e noi « risolviamo negli stessi termini, la questione precedentemente « esaminata riguardo all'eccesso nel valore dichiarato del credito, « quando per esso è provocata la riduzione: cioè, che constatato « l' eccesso del terzo tra il valore dei beni ipotecati e quello del « credito, la iscrizione deve essere ridotta a tanti soli beni, che

« rappresentino un valore di garentia uguale a quello del credito « garantito » (1).

Sebbene la lettera della legge si presti a fare accogliere questa opinione, noi non esitiamo a proclamarla contraria all' indole dell' istituto e al pensiero del legislatore.

Mentre infatti per garantire un credito calcolato nella cifra totale di mille in capitale, interessi e spese, basta indubbiamente una iscrizione ipotecaria accesa per cifra eguale, e il mantenerla accesa per somma superiore, benchè la eccedenza non superi il quinto, si risolve in una superfluità, perchè il creditore non può ottenere collocazione in graduatoria se non pel suo credito, una ipoteca iscritta su beni che hanno un valore di mille non basta per garantire completamente ed efficacemente un credito di egual somma. Anco a prescindere dalla considerazione che nella vendita coatta, alla possibilità della quale deve sempre aversi riguardo quando si iscrive una ipoteca, bene spesso gl' immobili vengono alienati per somma inferiore al loro giusto valore, è ovvio avvertire che il credito ipotecario, quantunque primo iscritto, è posposto al credito privilegiato delle spese dei giudizi di spropriazione e di graduazione (art. 1961 cod. civ.) e al credito dell' esattore per la imposta fondiaria erariale e per le sovrimposte comunali e provinciali (art. 1962 cod. civ.). Dichiarando che la

(1) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XVII, n. 4. Una soluzione analoga era stata data dal citato scrittore, riguardo alla riduzione della somma iscritta, dicendo « che constatato l'eccesso del quinto, la iscrizione deve essere ridotta alla som- « ma realmente dovuta dal debitore e non a quella, che, pur superandola, non « avrebbe dato luogo alla riduzione, per non aver raggiunto l' eccesso del « quinto ». Ma mentre in caso di riduzione della somma la soluzione è giusta, perchè il creditore non può pretendere di mantenere una ipoteca iscritta per somma superiore al suo credito effettivo, e non ha a ciò alcuno interesse, lo stesso non può dirsi in caso di riduzione della ipoteca quanto ai beni: qui occorre un margine, non foss'altro per il danno che può derivare al creditore ipotecario dalle collocazioni privilegiate.

riduzione possa essere domandata quando il valore dei beni supera di un terzo l' importare dei crediti iscritti, il legislatore ha considerato che una eccedenza non superiore al terzo sia legittima, e debba restar ferma, in quanto sta a garantire il creditore ipotecario dalle conseguenze delle collocazioni privilegiate che possono essere domandate allorchè si fa luogo al giudizio di graduazione; ma se questo è il pensiero del legislatore, se questo è lo scopo della legge, non vi ha dubbio che quando l' eccedenza supera il terzo, l' iscrizione si riduce per il di più, secondo disponeva lucidamente la legge toscana, ma si lascia quella eccedenza non superiore al terzo che non è considerata suscettiva di riduzione.

La soluzione da noi proposta a questo riguardo ci sembra certissima; ma siamo ben lontani dal disconoscere che la lettera della legge le è contraria e ci siamo indotti a proporla dopo lunga esitazione, perchè abbiamo creduto che questo sia uno di quei casi nei quali l' interprete, non potendo argomentare dal proprio significato delle parole, si trova costretto a ricorrere a quel potente mezzo d' interpretazione che è la intenzione del legislatore (art. 3 tit. prelim. al cod. civ.).

485. Perchè possa parlarsi di riduzione della ipoteca per ciò che riguarda la quantità dei beni, occorre che la iscrizione colpisca più immobili, e che possa per conseguenza ordinarsene la cancellazione da alcuno di essi lasciandola sussistere sopra altri che siano sufficienti alla sicurezza del credito. Se quindi l' ipoteca colpisce un immobile solo, quantunque il valore di questo superasse, non già del terzo, ma della metà o del doppio, l' ammontare del credito garantito, non se ne potrebbe domandare la riduzione.

Abbiamo veduto nel volume primo che chi ha la proprietà di un intero immobile non può ipotecarne una parte separatamente dal tutto (1); le ragioni che ci hanno persuasi ad accogliere quella

---

(1) Vol. I, numeri 25, 275, pag. 54, 491.

soluzione, ci portano adesso per logica conseguenza a ritenere che la riduzione non può mai avere l'effetto di restringere l'ipoteca iscritta sopra un intero immobile, ad una parte soltanto di esso, intellettuale o materiale che sia. Chi ha ipoteca sopra un edifizio o sopra un terreno che ha un valore eccedente di oltre un terzo l'ammontare del credito garantito, non può essere costretto a subirne la riduzione a una parte dell'edifizio o del terreno. Le disposizioni degli art. 2024 e seg. cod. civ. non sono dirette a questo scopo, che condurrebbe al frazionamento, e per ciò al deprezzamento, della proprietà immobiliare; esse possono ricevere applicazione soltanto nel caso in cui, essendo ipotecati più immobili distinti, alcuni di essi possono essere liberati, rimanendo, ciò non ostante, sufficientemente cautelato il creditore (1).

---

(1) Gli scrittori sono unanimi nell'accogliere questa soluzione, la quale formò oggetto di apposito chiarimento per parte della Commissione coordinatrice dei progetti di codice civile. *Processi verbali*, XLIII, 2: « Continuando « poscia l'esame del titolo delle ipoteche viene in discussione la proposta G. « De Foresta di modificare l'art. 2049 (2024 cod. civ.), il quale stabilisce « che la riduzione delle ipoteche si opera colla restrizione *ad una parte soltanto* « dei beni indicati nell'iscrizione, e di dire invece *ad alcuni soltanto* dei be- « ni, ecc., e ciò onde potere evitare il dubbio che potrebbe per avventura sor- « gere dalla parola *parte*, quasichè la legge permettesse di restringere l'ipo- « teca ad una porzione di un solo stabile; ciò che non è al certo nel concetto « del suddetto articolo e sarebbe contrario a tutti i principii sulla materia. La « Commissione riconosce giusta la osservazione del proponente, e ritiene per « certo e fuori di dubbio che l'ipoteca non possa essere ristretta ad una parte « di uno stabile, ma soltanto ad uno o più degli stabili ipotecati, che siano « riconosciuti sufficienti per l'effetto dell'ipoteca medesima. Opina però che « questo cenno nel processo verbale sia bastante per lo scopo cui mirava la « detta proposta, nella quale opinione concorre pure il proponente ». Questa autorevole interpretazione ha naturalmente posto d'accordo tutti i commentatori del Codice civile: Ricci, *Dir. civ.*, X, 259; Pochintesta, *op. cit.*, II, 400; Melucci, *op. cit.*, Lez. XVII, 5; Mirabelli, *op. cit.*, pag. 226; Borsari, *Commento*, § 4264, ecc. Il Codice francese elimina in proposito ogni dubbiezza di-

486. Non potendo in virtù della riduzione venire ristretta la ipoteca ad una parte intellettuale o materiale di un immobile, ne consegue che gl' interessati non possono valersi di questo speciale rimedio, all' oggetto di limitare la garenzia ipotecaria allo stretto necessario, se non quando la ipoteca colpisce più fondi separati e distinti alcuni dei quali soltanto sono sufficienti alla sicurezza del creditore.

Così, se l'ammontare del credito iscritto, in capitale e accessorii, è di 20.000 lire e sono ipotecati due immobili del valore di 16.000 lire ciascuno, sebbene la garenzia superi il limite legale del terzo, non può parlarsi di riduzione: una parte di uno dei due immobili non si può liberare: liberando interamente uno dei due, non resterebbe al creditore una guarentigia sufficiente (1).

Se invece fra i diversi beni ipotecati ve ne sono alcuni che possono essere liberati, rimanendo sugli altri garantito il credito nei limiti voluti dalla legge, deve essere ordinata la riduzione.

487. Dall' art. 2065 cod. civ., per il quale « tutte le dispo« sizioni relative alle ipoteche sono applicabili al vincolo deri« vante dalla separazione dei patrimoni regolarmente iscritto sopra « gl' immobili della eredità », si argomenta agevolmente che qua-

---

chiarando riducibili le ipoteche iscritte « *sur plusieurs domaines* » quando il valore di un solo o di alcuni eccede di oltre un terzo in fondi liberi l'ammontare del credito (art. 2162 cod. francese). Il legislatore nostro avrebbe fatto bene a mantenere questa dizione: non ci sarebbe stato bisogno dei chiarimenti della Commissione coordinatrice i quali non sempre cadono sotto gli occhi di chi è chiamato ad interpretare la legge. Ciò diciamo con tanto maggior ragione da poi che la legge toscana adottava la soluzione opposta, disponendo che effetto della riduzione « era di restringere il diritto reale del creditore da uno stabile « *ad una sua parte comodamente separabile*, o da una quantità di stabili ad al« cuni soltanto dei medesimi ».

(1) Varii casi analoghi sono configurati dal PONT, *op. cit.*, XI, 604; la citazione di essi è appropriata anche sotto l' impero del cod. civ. italiano, malgrado l' avvertita diversità di locuzione, essendo identico il principio accolto nelle due legislazioni.

lunque interessato potrebbe domandare la riduzione della iscrizione presa a norma dell'art. 2060 cod. civ. quando il valore dei beni colpiti dalla medesima supera di un terzo l'ammontare del credito che per tal modo si è voluto garantire. Si tratta infatti di iscrizione operata per fatto del solo creditore, senza che vi sia concorsa la volontà dell'erede succeduto nelle obbligazioni del debitore defunto: la quantità dei beni non è dunque determinata per convenzione e non è di ostacolo il principio dell'art. 2025 cod. civ. D'altra parte se è giusto che il creditore dell'eredità possa garentirsi con la iscrizione per separazione dal pericolo di trovarsi esposto a concorrere con i creditori dell'erede, non è giusto nè conveniente che per tenue credito rimanga vincolato l'intero patrimonio ereditario e sia così resa difficile e talvolta impossibile la liquidazione della eredità. L'erede che si trovasse leso da una iscrizione eccessiva, potrebbe per conseguenza valersi dell'azione di riduzione (1).

488. In coerenza dell'art. 42 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del cod. civ. le ipoteche competenti ed iscritte secondo le leggi anteriori possono essere ridotte nei casi e per le cause espresse nel nuovo codice. La giurisprudenza ha avuto non di rado occasione di applicare questo principio, decidendo che le ipoteche generali costituite in ordine alle leggi anteriori, e superanti i limiti determinati dal codice vigente, sono suscettive di riduzione a norma del codice stesso (2), anco se specializzate a' termini dell'art. 38 delle disposizioni transitorie sopra ricordate (3); ma è stato inoltre deciso che l'art. 2025 cod. civ.. il

---

(1) Si ha una decisione in questo senso della Corte d'appello di Casale del 24 luglio 1882, *Giur. cas.*, II, 358.

(2) Cass. Roma, 6 febb. 1888, *Sinossi giur.*, 2ª serie, fasc. 19 all'art. 2056.

(3) Roma, 9 luglio 1887, *Legge*, 1887, II, 301. Osservò in proposito la Corte che la eccessività della garenzia è una cosa di fatto attuale e che per conseguenza deve giudicarsene secondo la legge attualmente in vigore.

quale non ammette domanda di riduzione quando la somma e la quantità dei beni sono determinate per convenzione, si applica anco alle ipoteche anteriori all' attuazione del cod. civ., ed in particolare ad un' ipoteca accesa per guarentigia di una evizione sotto l' impero del motuproprio di Leone XII del 1828 (1).

Fedeli al programma che ci siamo imposto di trattare del diritto ipotecario unicamente dal punto di vista del codice vigente, non crediamo di doverci occupare di questo argomento, che riguarda il diritto transitorio, il quale va perdendo ogni giorno della sua pratica importanza.

SEZIONE II

FORME E PROCEDIMENTO DELLA RIDUZIONE.

SOMMARIO

489. Citazione del creditore. Autorità giudiziaria competente — 490. Necessità di sentenza passata in giudicato — 491. Presentazione del titolo in forza del quale la riduzione deve essere eseguita — 492. Modo di eseguirla. Annotamento in margine alla iscrizione.

489. Per ciò che attiene alle forme e al procedimento della riduzione chiesta dal debitore, o da qualunque altro interessato, in contradittorio del creditore (2), poco è da dire. È una delle azioni alle quali le iscrizioni possono dare luogo, contemplate nell' articolo 1999 cod. civ. le quali, per lo stesso articolo, sono promosse avanti l' autorità giudiziaria competente con citazione notificata nei modi ordinarii stabiliti dal codice di procedura civile.

(1) Cass. Roma, 20 novembre 1877, *Giur. it.*, XXX, II, 605.

(2) Della riduzione consentita volontariamente non è il caso di occuparsi; essa rientra nel dominio delle convenzioni ed è ovvio avvertire che deve consentirsi dal creditore, che abbia capacità per farla, per atto pubblico o per atto privato autenticato da notaio od accertato giudizialmente. Arg. art. 2033 capov. cod. civ.

Riguardo a questo secondo punto l'ultimo capov. del citato art. 1999 cod. civ. risolve in termini la questione, dichiarando che la citazione non si fa al domicilio eletto, ed in mancanza all'uffizio delle ipoteche, ma bensì alla residenza o al domicilio reale secondo le norme ordinarie stabilite dal codice di rito. Perciò fu deciso rettamente essere nulla la citazione del creditore che sia notificata al domicilio eletto nella iscrizione (1).

Riguardo al primo punto poi è da ricercare quale sia l'autorità giudiziaria dinanzi la quale la causa deve essere portata, e poichè la legge non ha in proposito una precisa disposizione che risolva il caso, deve tenersi conto della natura dell'azione promossa. La riduzione è una cancellazione parziale, e per conseguenza è governata dalle stesse norme che sono per queste stabilite dalla legge (2). L'azione per cancellazione è reale, non personale; e per conseguenza l'azione di riduzione deve proporsi dinanzi all'autorità giudiziaria del luogo dove sono situati gl'immobili ipotecati, non dinanzi a quella del domicilio del creditore convenuto (3).

---

(1) Napoli, 25 ottobre 1867, *Giur. it.*, XIX, II, 655.—Pochintesta, *op. cit.*, II, 407.

(2) Su questo principio in generale cons. Ricci, *op. cit.*, X, 263; Pochintesta, *op. cit.*, II, 409.

(3) La questione sulla realità dell'azione di cancellazione d'ipoteca, quando è proposta in via principale e non come accessorio di una controversia sul titolo del credito, sarà da noi esaminata più oltre, parlando della cancellazione totale. Qui ci limitiamo a citare le sentenze seguenti: Lucca, 16 marzo 1888, *Giur. it.*, 1888, II, 323 con nota; Cass. Firenze, 27 gennaio 1891, *Temi ven.*, 1891, 328; Cass. Torino, 9 maggio 1891, *Mon. trib. Mil.*, 1891, 853. Venezia, 27 febbraio 1890, *Temi ven.*, 1890, 586; Torino, 28 ottobre 1893, *Giur. it.*, 1894, II, 155; Brescia, 27 decembre 1893, *Mon. trib. Mil.*, 1894, 330. V. ancora Mattirolo, *Dir. giud.*, I, 241 e seg. 680. Contro Mortara, *Manuale proc. civ.*, I, 158, che ritiene l'azione per semplice cancellazione d'ipoteca personale *ad rem* e per ciò esperibile dinanzi al *forum domicilii*. Venezia, 9 febbraio 1886, *Legge*, 1866, II, 313.

490. Ordinata che sia la riduzione, questa non potrà dal conservatore essere eseguita sinchè la relativa sentenza non sia passata in stato di cosa giudicata. Ciò si argomenta da quanto dispone il legislatore in materia di cancellazione (art. 2036 cod. civ.). Si tratta invero di provvedimenti che possono arrecare un danno irreparabile al creditore che è condannato a subirli; la riduzione, una volta operata, è, rimpetto ai terzi, irrevocabile; ove venisse poi riconosciuta illegittima, non per questo cesserebbe di produrre i suoi effetti riguardo a coloro che avevano preso iscrizione nell'intervallo, fidando nel margine procurato mediante la riduzione: i registri delle ipoteche sono l'unico mezzo per cui legalmente si chiariscono i terzi intorno ai vincoli ipotecari; e quando la riduzione resulta da questi registri, essi non sono tenuti ad assicurarsi della validità e legalità dell'atto in virtù del quale fu eseguita (1). Far rivivere nella sua ampiezza primitiva l'ipoteca ridotta, quando la riduzione era stata operata, equivarrebbe a violare, in pregiudizio dei terzi, il principio della pubblicità (2).

Per conseguenza non solo non può operarsi la riduzione in virtù di una sentenza di primo grado alla quale il giudice abbia accordato la esecuzione provvisoria, seppure è lecito concepire il caso che un giudice spinga sino a questo punto il potere di-

(1) Torino, 10 febbraio 1865, *Giur. tor.*, II, 139; Torino, 13 maggio 1872, *Giur. Tor.*, IX, 427; Cass. Torino, 30 novembre 1870, *Giur. tor.*, VIII, 55.

(2) Pochintesta (*op. e loc. cit.*) il quale osserva che annullata la riduzione, non rivive di pieno diritto la iscrizione come era in origine. Il creditore dovrebbe prendere una iscrizione nuova per la somma primitiva e sopra tutti i beni gravati originariamente, la quale acquisterebbe grado dal giorno della sua iscrizione e non potrebbe essere opposta ai creditori posteriori nè agli acquirenti dei beni in pregiudizio dei diritti da essi acquistati. Lo stesso scrittore argomenta poi dall'art. 2032 cod. civ. che non sarebbero da distinguere i creditori anteriori da quelli posteriori alla riduzione: ma su ciò ci riserviamo di esporre il giudizio nostro commentando il citato articolo.

screzionale in proposito concessogli dalla legge; ma non può operarsi neppure in virtù di una sentenza proferita in grado di appello, se non quando sia stato rigettato il ricorso per cassazione, o siano decorsi i termini per interporre il ricorso, perchè una sentenza non diviene cosa giudicata se non quando non è più suscettiva di alcun rimedio nè ordinario nè straordinario (1).

491. Per operare la riduzione si presenta al conservatore delle ipoteche la sentenza che ordina l'adempimento di questa formalità, accompagnata dai documenti comprovanti il suo passaggio in stato di cosa giudicata; se si tratta di sentenza di primo grado il certificato del cancelliere comprovante che la sentenza fu notificata e che non fu proposto appello nel termine stabilito dalla legge; se si tratta di sentenza d'appello il certificato del cancelliere della corte comprovante la decorrenza del termine utile per ricorrere in cassazione, o la sentenza della corte suprema contenente rigetto del ricorso o dichiarazione d'irricevibilità del medesimo. Se poi si trattasse di sentenza contumaciale occorrerebbe giustificare ancora che è intervenuto un primo atto di esecuzione, essendo risaputo che il contumace, fino a che la esecuzione non sia cominciata, ha il rimedio della opposizione (art. 477 cod. proc. civ.).

Occorre appena avvertire che anche per eseguire la riduzione la parte richiedente deve presentare, unitamente al titolo, una istanza scritta su carta da bollo, in conformità dell'art. 4 della legge 8 agosto 1895.

492. La riduzione si opera dal conservatore per via di annotazione in margine alla iscrizione ipotecaria (art. 2038 cod. civ.). Il registro ha uno spazio laterale in bianco destinato appunto alle annotazioni e il conservatore farà scrivere su questo

(1) Genova, 5 maggio 1896, *Temi gen.*, 1894, 316; Bologna, 10 luglio 1894, *Riv. giur. Bol.*, 1894, 324.

spazio in apposita annotazione datata, e da lui sottoscritta, che la iscrizione è stata radiata per la somma di 1000 restando ferma pel rimanente capitale iscritto, o che è stata radiata dai fondi A e B restando ferma sugli altri, in ordine a sentenza della tale autorità giudiziaria, del tal giorno, esistente in filza al tal numero d'ordine del tal volume. Questo perchè il titolo che serve di fondamento all'annotazione per riduzione non si restituisce alla parte richiedente, ma si ritiene dal conservatore a giustificazione del proprio operato.

Se il conservatore si rifiutasse di eseguire la riduzione ordinata con sentenza passata in giudicato, la parte richiedente dovrà provvedersi in conformità dell'art. 2036 cod. civ. che sarà da noi esaminato nel capitolo destinato alla cancellazione totale delle iscrizioni.

SEZIONE III

SPESE DELLA RIDUZIONE.

SOMMARIO

493. Riduzione riguardo ai beni — 494. Riduzione riguardo alla somma — 495. Critica della interpretazione data da Melucci all' articolo 2028 cod. civile.

493. Estendendo la ipoteca legale o giudiziale a tutti i beni del debitore per quanto esuberanti al bisogno di assicurare il credito garantito, o prendendo iscrizione per somma di gran lunga eccedente l'ammontare di ciò che gli è dovuto, quando il credito non è liquido, il creditore usa di un suo diritto: le spese della riduzione sono poste per ciò, di regola, a carico della parte richiedente, non a carico del creditore contro del quale è proposta la domanda; se però il creditore ha ecceduto scientemente nella determinazione del suo credito, le spese devono far carico a lui; e se sorgono contestazioni, le spese del giudizio vengono

poste a carico del soccombente, o vengono compensate in tutto o in parte, secondo le norme ordinarie stabilite dall' art. 370 del codice di procedura civile.

L' art. 2028 cod. civ. regola questa materia delle spese alle quali dà luogo la domanda di riduzione: esso è del tenore seguente. « Le spese necessarie per la riduzione sono sempre a carico del richiedente. Se però la riduzione ha luogo per eccesso « nella determinazione del credito fatta dal creditore le spese « sono a suo carico. Quelle del giudizio sopra contestazioni che « venissero fatte sono a carico del soccombente, ovvero compen« sate secondo le circostanze ».

La disposizione della legge è di chiarezza intuitiva e non abbisogna di largo commento.

Se l' azione di riduzione riguarda la quantità dei beni gravati, le spese sono a carico del richiedente, sia esso il debitore o un altro interessato autorizzato a proporre l' azione. Il caso può verificarsi, come già si disse, per le ipoteche giudiziali, che possono ad arbitrio del creditore iscrivente essere estese a tutti i beni del debitore, compresi anco quelli che in lui pervengono dopo la sentenza di condanna, e per quelle fra le ipoteche legali che non sono ristrette a beni particolari dalla natura speciale del loro oggetto; non può verificarsi per le ipoteche convenzionali, imperocchè i beni del debitore non possono esserne gravati se non col di lui consenso, ed è stato avvertito che l' azione di riduzione non è ammessa quando la quantità dei beni gravati è fissata per convenzione. Dandosi pertanto il caso che una ipoteca giudiziale, o una ipoteca legale di quelle contemplate ai numeri 3, 4 e 5 dell' art. 1969, sia stata dal creditore iscritta sopra beni liberi il cui valore superi di un terzo l' importare del credito iscritto, accresciuto degli accessorii a norma dell' art. 2010 cod. civ., la riduzione è accordata a spese del richiedente; il creditore non potrebbe essere condannato nelle spese se non quando proponesse una oppo-

sizione che fosse dichiarata infondata, o sollevasse una contestazione che fosse poi risoluta contrariamente al suo assunto.

Essendo le spese a carico del richiedente, è ovvio avvertire che questi deve sopportare non tanto le spese della citazione, della comparsa all' udienza e della sentenza, non che le successive di copia e di presentazione della domanda per l'adempimento di tali formalità, ma ancora le spese occorrenti al creditore per non restare contumace ed evitare il pericolo che la contumacia sia considerata come opposizione e dia luogo a porre a suo carico le spese del giudizio.

Se l'azione di riduzione riguarda la somma, si esplicano norme diverse che saranno esposte nel numero seguente.

494. La riduzione quanto alla somma può avere luogo per eccesso nella determinazione del credito fatta dal creditore; e in tal caso la legge dispone che le spese siano a carico del creditore che vi ha dato luogo attribuendo alla propria iscrizione una estensione esagerata e non rispondente alla realtà; ma anco in questa materia la regola non è questa, enunciata nel primo capoverso dell' art. 2028 cod. civ., bensì l' altra enunciata nel principio dello stesso articolo.

Infatti perchè possa dirsi che il creditore ha ecceduto nella determinazione della somma occorre che egli, conoscendo che il suo credito è di 1000, o che non può, in niun caso, essere superiore a 1000, abbia iscritto l' ipoteca per somma eccedente di oltre un quinto questo limite; ove ciò sia accaduto è giusto che egli sopporti le spese della riduzione alle quali ha dato luogo col procurarsi una cautela esuberante al bisogno, e con imporre sul patrimonio del debitore un inutile aggravio. Ma se al momento in cui l' iscrizione fu presa il credito non era liquidato, e non ne era per conseguenza conosciuto il preciso ammontare, se vi era condanna in genere al risarcimento dei danni, o se si trattava di garantire una obbligazione la cui entità pecuniaria era incerta

e poteva essere diversamente apprezzata, allora non può dirsi che il creditore abbia ecceduto nella determinazione della somma e che le spese della riduzione facciano carico necessariamente a lui. Saranno a suo carico se solleverà ingiuste contestazioni, se contrasterà la domanda con eccezioni infondate; ma se non si opporrà, e si dichiarerà remissivo al giudizio del magistrato, si applicherà la regola non la eccezione, e le spese dovranno far carico alla parte richiedente non al creditore.

La riduzione quanto alla somma può aver luogo in qualunque specie d'ipoteca; anco nella ipoteca convenzionale, per la disposizione più volte citata dell'art. 1992 capov. cod. civ. per la quale « la determinazione della somma, se non è fatta nel titolo « costitutivo o dichiarativo del credito, nè con atto posteriore, « può farsi dal creditore medesimo nella nota per l'iscrizione »; quindi la disposizione dell'art. 2028 cod. civ. si applica, in questa parte, a qualunque specie d'ipoteca.

495. Un recente scrittore della materia ipotecaria, il Melucci (1), dà all'art. 2028 cod. civ. una interpretazione alquanto difforme da quella da noi proposta nei due numeri precedenti (2).

---

(1) *Il sistema ipotecario,* Lez. XVII, n. 7.

(2) La difformità trova la sua spiegazione nel fatto che la disposizione in esame non ha riscontro nei precedenti codici. Il Codice francese (articolo 2157-2165) non aveva una disposizione riguardante le spese della riduzione, e il suo esempio era imitato nel codice parmense (art. 2208-2213), nelle leggi civ. napoletane (art. 2051-2055) e nel regol. pontificio (art. 220 seg.). Il Codice albertino aveva una disposizione così concepita: « Le spese fatte « per ottenere la riduzione delle ipoteche saranno a carico del richiedente; « nei casi però di temeraria contestazione per parte di quelli che avrebbero « potuto acconsentirla, cadranno a peso loro. Potrà anche il giudice dichiarare « che non ricadano a carico del reclamante quando non siagli imputabile di « non aver chiesta la riduzione nell'atto stesso da cui nasce l'ipoteca e potrà « pure dividerle fra il creditore e il debitore secondo le circostanze ». Dal Cod. albertino la disposizione passò immutata nel cod. estense, art. 2216. Il legislatore italiano si è evidentemente ispirato alla legge ipotecaria toscana, la quale

Egli incomincia dal dire che le spese sono a carico del richiedente, perchè la riduzione ha luogo nel suo vantaggio, quando è concessa volontariamente dal creditore che non potrebbe esservi costretto; prosegue distinguendo, se l'interessato ha diritto alla riduzione, l'eccesso nella somma iscritta, dall'eccesso nella quantità dei beni; e dice che nel primo caso la spesa è sopportata dal debitore, nel secondo dal richiedente, essendo più facile pel creditore determinare l'ammontare del suo credito di quello che valutare il prezzo degl' immobili sui quali prende iscrizione. Soggiunge che se l'art. 2028 ha nel suo secondo comma disposto che le spese del giudizio, in mancanza di amichevole componimento, sono a carico del soccombente, lo ha fatto per tener ben distinte le spese proprie della riduzione, dalle spese del relativo giudizio.

Tutto ciò non è esatto. La legge non provvede con l'articolo in esame alle spese della riduzione volontaria, le quali rimangono nel dominio delle private convenzioni; indubbiamente il creditore nel consentirla porrà come condizione che chi la richiede ne sopporti le spese; ma il carico non deriverà, in tal caso, dall'art. 2028 cod. civ., bensì dalla legge contrattuale imposta dal creditore consenziente. Anzi il debitore che avesse diritto alla riduzione potrebbe esigerla dal creditore ed esigere in pari tempo che egli sottostasse alla spesa occorrente, minacciandolo d' intentare la domanda giudiziale e di provocare la sua condanna. La legge, a parer nostro, non considera nell' articolo in esame che la riduzione giudiziale delle iscrizioni ipotecarie, e pone la regola che le spese sono a carico del richiedente, tanto per la riduzione riguardo ai beni, quanto per la riduzione riguardo alla somma, salvo per quest'ultima il caso dell' eccesso nella determi-

---

nell'art. CXLIII così disponeva: « Le spese per la riduzione debbono soffrirsi « da chi la richiede, salvi i casi nei quali di ragione si soffrono dal creditore « opponente ».

nazione del credito, partendo dal concetto che il creditore non si renda opponente alla domanda; se poi si rende opponente, le spese seguono le sorti ordinarie dei giudizii e sono poste a carico del soccombente secondo il prudente arbitrio del giudice. Non è quindi il caso di distinguere fra le spese proprie della riduzione, come la domanda e il diritto dovuto al conservatore, e le spese del giudizio; sono le une e le altre spese necessarie per la riduzione e le une e le altre sono regolate dall' articolo 2028 cod. civ.

CAPO V

DELLA RINNOVAZIONE.

SEZIONE I

GENERALITÀ.

SOMMARIO

496. Ragioni della rinnovazione. Sistemi relativi. Testo della legge — 497. Utilità della rinnovazione — 498. Convenienza del termine trentennale adottato dal legislatore italiano — 499. Effetti della mancanza di rinnovazione — 500. Esenzione della ipoteca legale della moglie dall' obbligo della rinnovazione — 501. Obbligo di rinnovare la ipoteca legale dell'interdetto imposto a determinate persone—502. Anco le iscrizioni rinnovate sono alla loro volta soggette a rinnovazione— 503. Computo dei termini.

496. Una volta che l' ipoteca ha preso il suo grado con la iscrizione nel registro particolare accompagnata dalle forme esaminate nel Capitolo II di questo Titolo, essa dovrebbe conservare il grado medesimo finchè non venisse cancellata, o non venisse ad estinguersi per via di pagamento o di prescrizione il credito che la ipoteca è destinata a garantire. Invero i registri ipotecarii aventi l' oggetto di manifestare la esistenza della ipoteca e di renderla operativa di effetto di fronte ai terzi, sono atti a perpetuarla, come è atta a perpetuarne la durata la natura speciale e indistruttibile del suo oggetto, che è la proprietà immobiliare.

Ragioni d'indole amministrativa esigono però che ciò non avvenga, onde non rendere soverchiamente lunghe, difficili e pericolose le ricerche e le ispezioni che devono farsi nei registri ipotecari per constatare se un determinato immobile è affetto da vincoli ipotecari e quali questi vincoli precisamente sono. Potendo infatti un diritto di credito avere durata lunghissima, ed anche perpetua (specialmente se si tratta di un censo riducibile a volontà del debitore ma irripetibile a volontà del creditore, o di un mutuo contratto sotto la condizione che non venendo disdetto da una parte o dall'altra prosegua d'anno in anno, o d'uno in altro periodo di diversa durata, e se la prescrizione dell'azione relativa è stata tempestivamente interrotta in uno qualunque dei modi ammessi dalla legge, e segnatamente con atti di ricognizione ventinovennale), per accertare la situazione ipotecaria di un determinato immobile bisognerebbe risalire con le ricerche sui registri ipotecari ad epoche remotissime con grave pericolo di errori e di omissioni, con gravissima responsabilità delle parti contraenti e del conservatore. Ammesso pure che con i repertorii e con gli altri registri sussidiari le iscrizioni ipotecarie fossero tenute in evidenza, e niuna di esse potesse sfuggire alle ricerche, è inoltre da avvertire che esse non starebbero più a rappresentare, dopo un periodo di tempo troppo lungo, la realtà delle cose; al creditore e al debitore originario altri verrebbero a sostituirsi, per trapassi e per frazionamenti; cesserebbero gli effetti delle elezioni di domicilio per la morte dei domiciliatarii, e dove si esige la massima speditezza e una sicurezza matematica, si avrebbe invece la massima incertezza; l'istituto dell'annotazione non provvederebbe se non in lievissima parte a rimuovere difficoltà così gravi, sia perchè è facoltativo il compiere questa formalità, sia perchè la materialità stessa dei registri non si presta alla indefinita attuazione della formalità medesima.

In quelle fra le legislazioni che vogliono la iscrizione presa

nominativamente contro il debitore, o contro il possessore dei beni gravati, si sono escogitati due distinti sistemi per limitare il periodo al quale devono estendersi le ricerche nei registri ipotecari; secondo un primo sistema è stato prescritto che la ipoteca, pur sussistendo finchè sussiste il credito, non conservi i suoi effetti di fronte ai terzi, e conseguentemente il suo grado, se non è rinnovata entro un determinato periodo di tempo dal giorno della sua originaria iscrizione, o della sua rinnovazione antecedente (1); il secondo sistema consiste nel non assegnare alla iscrizione una durata prestabilita, ordinando però, di tanto in tanto, ad arbitrio del legislatore, la rinnovazione di tutte le iscrizioni, con assegnazione di un termine ad averla eseguita e con dichiarazione che decorso detto termine le ipoteche non rinnovate perdono il loro grado (2).

Fra i due sistemi il legislatore italiano non ha esitato a seguire il primo, che è indubbiamente il migliore, sia perchè non lascia all'arbitrio del potere legislativo di ordinare la rinnovazione a periodi di tempo diseguali, ora troppo brevi, ora troppo lunghi, sia perchè, permettendo la rinnovazione continua delle iscrizioni che vengono a scadere, non dà luogo a un eccessivo accumularsi

(1) È questo il sistema adottato nel cod. francese, art. 2154, che attribuisce alla iscrizione la sua piena efficacia per dieci anni soltanto. Nello stesso senso disponevano le leggi civ. napolet. art. 2048; il cod. parmense art. 2205; il regolam. pontificio art. 169. Il cod. albertino seguiva lo stesso sistema; soltanto il periodo di efficacia della iscrizione era in esso portato ad anni quindici.

(2) Legge 12 decembre 1828, che introdusse nei Paesi Bassi il codice francese; legge ipotecaria toscana, art. 216; cod. estense, art. 2146, 2209. Quest'ultimo codice aveva una precisa disposizione in proposito: « *Le iscrizioni delle ipoteche conservano la loro efficacia.... per tutto il tempo che sono esercibili a termini di ragione* ». La legge toscana ordinava all'art. citato che fossero rinnovate entro un anno dalla sua promulgazione le ipoteche anteriori iscritte da un decennio.

delle rinnovazioni in un dato periodo di tempo. Ponendo la relativa disposizione in armonia con le altre che governano la durata dei diritti in generale, il legislatore nostro ha assegnato alla iscrizione ipotecaria efficacia durante trent'anni, disponendo nell'art. 2001: « L'iscrizione conserva l'ipoteca per trent'anni dalla « sua data. L'effetto dell'iscrizione cessa, se non è rinnovata prima « della scadenza di detto termine » (1).

E stato già osservato da altri che la espressione « *l'iscrizione conserva l'ipoteca* » non è felice, perchè lo spirare del periodo trentennale non fa cessare l'ipoteca, ma gli effetti della iscrizione (2); la ipoteca continua a sussistere e può essere nuovamente iscritta anche dopo decorso il periodo trentennale; soltanto perde il suo grado e ne prende uno nuovo dal giorno della iscrizione; se invece è rinnovata prima della scadenza del termine trentennale, conserva il grado che aveva originariamente (3). Ma per quanto

---

(1) Alla Camera elettiva il deputato CRISPI aveva proposto che invece del principio sancito nell' art. 2025 del progetto (2001 del Codice) si stabilisse l'altro che la iscrizione non conserva la ipoteca oltre la vita del diritto a garantia del quale essa ipoteca è concessa: la Commissione di coordinamento si occupò della questione nella seduta antimeridiana del 20 maggio 1865, ma tenne fermo il sistema adottato: « Contro tale proposta si fanno valere le seguenti « considerazioni: che, se il proponente mirava a favorire la liberazione del « fondo dalla ipoteca, siffatto scopo già più non si può raggiungere, data la « facoltà di rinnovare la iscrizione; che inoltre, anche quando ciò non fosse « stabilito espressamente nell'art. 2054 del progetto (art. 2029 del codice) non « si potrebbe dubitar mai che la ipoteca cessi coll'estinguersi dell'obbligazio- « ne » (*Processi verbali,* XLII, n. 6). La proposta Crispi non aveva senso; altra cosa è la estinzione della ipoteca per la estinzione del credito garantito, di cui parla l' art. 2029 n. 1 cod. civ., altra, del tutto diversa, la inefficacia della iscrizione ipotecaria pel decorso di un dato periodo di tempo, di cui è parola nell' art. 2001 dello stesso codice: si confondevano, per tanto, con quella proposta, concetti sostanzialmente diversi.

(2) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XV, n. 1.

(3) Catania, 29 decembre 1863, *Giur. cat.*, 1894, 15.

non sia felice la espressione surriferita, mutuata al codice francese e agli altri modellati sul medesimo, essa non dà luogo a difficoltà, perchè il concetto del legislatore è chiarito dalle parole che seguono « *l' effetto della iscrizione cessa* », ed è poi reso indiscutibile dalla speciale natura dell' istituto della rinnovazione.

497. Se fossimo chiamati a dare il nostro giudizio fra il sistema della rinnovazione periodica seguita con misura diversa di durata dal codice francese, dalla legge ipotecaria belga e dalla massima parte dei precedenti codici italiani, e quello della così detta perpetuità della iscrizione, adottato nel codice olandese, nel codice estense e nella legge ipotecaria toscana, noi non esiteremo a pronunziarci pel primo, non parendoci meritevoli di considerazione le critiche delle quali fu oggetto.

Esso permette infatti di limitare in ogni tempo le ispezioni a un periodo prestabilito con la certezza che fuori di quel periodo non possono esservi iscrizioni utilmente gravanti i beni dei quali si ricerca la situazione giuridica (1); dà luogo a una rinnovazione regolare costante, senza eccessivo affollamento degli uffici (2); pone in armonia il sistema ipotecario colle disposizioni

---

(1) Occorre invero risalire oltre il trentennio per le ipoteche legali della moglie esenti da rinnovazione (art. 2004 cod. civ.); ma la eccezione conferma la regola e non presenta difficoltà stante la provvida istituzione del registro particolare di cui all'art. 2072 n. 3 cod. civ.

(2) Ciò che avveniva per le rinnovazioni ordinate in virtù delle leggi transitorie negli anni che susseguirono la promulgazione del codice, le proroghe che furono accordate, l' enorme numero delle iscrizioni rinnovate negli ultimi giorni, sono una prova della bontà del sistema seguito dal legislatore. Quando in un giorno si presentano al conservatore centinaia di note, occorrono settimane e mesi per riportarle sui registri e per annotarle nei repertori; l'uffizio ipotecario non funziona allora con la dovuta regolarità: vi ha un periodo di sosta nel rilascio dei certificati e delle copie, le ricerche sono rese immensamente difficili e non escluso il pericolo di omissioni e di errori, sempre pericolosi, spesso fatali.

sulla ordinaria prescrizione estintiva delle azioni, e risponde nel miglior modo possibile allo scopo pel quale è proclamato il principio della pubblicità, facendo in pari tempo cadere nel nulla le molte iscrizioni che per difetto di cancellazione ingombrano i registri, anche quando la relativa obbligazione è venuta meno (1).

Il sistema della così detta perpetuità della iscrizione è pienamente logico ed accettabile in quelle legislazioni nelle quali, vigendo il sistema tavolare, la iscrizione si prende sul libro fondiario, in confronto dell'immobile gravato, sul foglio che contiene la descrizione del medesimo e che è destinato a render pubblici, non soltanto i trapassi di qualunque natura, ma ancora gli atti che in qualsiasi guisa ne modificano la proprietà, o tendono a vincolarla e a limitarla; ma dove la iscrizione è presa in confronto al nome del proprietario, dovendo la ricerca intorno alla libertà di un fondo ripetersi tante volte quanti sono i successivi proprietari di uno stesso immobile, la limitazione di queste ricerche a un periodo costante, di lunghezza non eccessiva, è provvido temperamento, che non merita biasimo ma lode.

498. Lode, non biasimo, merita pure l'estensione ai trent'anni del termine utile per la rinnovazione. Il termine decennale voluto dal legislatore francese, quello di quindici ammesso dalla legge belgica e dal codice albertino, erano eccessivamente brevi e si risolvevano in una inutile molestia.

La commissione senatoria così in proposito ebbe ad esprimersi: « Provvida e sapiente innovazione vuolsi considerare la

---

(1) È frequente il caso dei debitori che avendo estinto il debito non si curano di far cancellare l'iscrizione relativa: sia per non andare incontro alla spesa, sia per motivi meno confessabili, come quello di servirsi di scudo della ipoteca estinta contro creditori posteriormente iscritti. Il sistema della rinnovazione periodica è utile per sbarazzare i registri da moltissime ipoteche che, pur non avendo più ragione alcuna di essere, seguitano a figurarvi, rendendo incerta la vera situazione della proprietà.

« estensione al trentennio dell' obbligo di rinnovare la iscrizione.
« Era cotesto un voto ed una esigenza da soddisfare, perocchè il
« termine decennale per la rinnovazione della iscrizione era pa-
« ruto troppo breve ed angusto perchè se ne facesse dipendere la
« conservazione e la vita dell' iscrizione; ma a questa generale
« considerazione se ne aggiungeva un' altra, speciale al sistema
« novello del progetto, che rapiva alle ipoteche legali il beneficio
« dell' esenzione dalla iscrizione. Rendevasi pertanto imprescindi-
« bile l' allungamento del termine per la rinnovazione dell' iscri-
« zione; onde è che opportunamente si vede allungato il più lungo
« termine della prescrizione trigenale, sommettendo ad esso ter-
« mine l' obbligo della rinnovazione dell' iscrizione ».

Già il Troplong (1) aveva censurato per la brevità del termine il codice francese, e aveva caldeggiato il prolungamento del termine stesso a trent' anni, osservando che quella brevità dava luogo a innumerevoli processi di decadenza e di efficace o irregolare rinnovazione; e se non mancò chi volle criticare il codice italiano per la innovazione in proposito introdotta (2), la maggioranza degli scrittori si manifesta alla medesima pienamente favorevole (3).

Noi ci associamo di buon grado al loro avviso, specialmente perchè l' avere allungato il termine durante il quale la iscrizione conserva i suoi effetti, ha permesso di restringere a un solo caso — quello della ipoteca legale della moglie — la esenzione dall' obbligo della rinnovazione. A ciò vuolsi aggiungere, che non si devono senza una necessità imperiosa moltiplicare soverchiamente i casi nei quali può risentirsi per negligenza non grave un danno irreparabile; ed erano effettivamente moltiplicati sotto l' impero

(1) TROPLONG, *Priv. et hyp.*, *préface*, p. 27. Cons. su ciò CARABELLI, *op. cit.*, II, § XLIX, n. 1.

(2) HUC, *Le Code civ. italien et le Code Napoleon*, p. 350.

(3) V. su ciò POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 302; RICCI, *Dir. civ.*, X, 219.

dei codici precedenti, come ne fanno fede autorevoli commentatori (1).

499. Ciò premesso, occorre appena avvertire che la mancanza di rinnovazione non produce la estinzione del diritto d'ipoteca, ma bensì la semplice decadenza del creditore ipotecario negligente dal grado che gli spettava, se altre iscrizioni sono state prese posteriormente; la ipoteca continua a sussistere, e per conseguenza può essere nuovamente iscritta dopo la decorrenza del termine stabilito per la rinnovazione; ma in tal caso non conserva il grado originario, e prende grado dal giorno in cui è adempiuta la nuova formalità; se pertanto non vi sono creditori ipotecari iscritti nell'intervallo, la decadenza non nuoce al creditore, il quale, pure iscrivendo fuori del termine, riprende il grado che prima gli spettava; ma se vi sono creditori posteriori alla iscrizione originaria, e anteriori alla rinnovazione eseguita fuori del termine stabilito dalla legge, il grado primitivo è irremissibilmente perduto.

Avendo poi la mancanza di rinnovazione per effetto unico ed immediato la decadenza dal grado, occorre appena avvertire che essa è del tutto indipendente dalla estinzione del credito garantito per il verificarsi della prescrizione estintiva. Infatti, estinto il credito per qualsivoglia causa, e così ancora per effetto della prescrizione trentennale, anco la ipoteca viene necessariamente ad estinguersi per la nota regola che l'accessorio segue la condizione giuridica del principale; ma estinto invece il grado ipotecario per mancata rinnovazione, sussiste l'ipoteca, che può essere nuovamente iscritta, e sussiste a più forte ragione il credito che l'ipoteca è destinata a garantire. Invero la estinzione della ipoteca, che è l'accessorio, non può produrre l'estinzione del credito che è il principale; tanto meno può

(1) Cons. anche su ciò il CARABELLI, *op. cit.*, II, § XLXIX, n. 2.

produrre l'estinzione del credito la semplice perdita del grado ipotecario, che è cagionata dalla mancanza di rinnovazione.

Praticamente, perduto il grado è perduto il credito, non presentando pratica utilità la nuova iscrizione che si volesse prendere; ma la perdita in tal caso avviene, non per mancanza del diritto, ma bensì per mancanza di estensione dell'oggetto sul quale il diritto si fa valere.

500. Abbiamo avuto occasione di osservare ripetutamente che la ipoteca legale della moglie è esente da rinnovazione. Dispone infatti l'art. 2004 cod. civ.: « L'iscrizione della ipoteca « legale della moglie conserva il suo effetto senza la rinnova- « zione durante il matrimonio e per un anno successivo allo scio- « glimento del medesimo ».

In seno alla Commissione coordinatrice nella seduta antimeridiana del 22 maggio 1865 un autorevole commissario si mostrò preoccupato delle conseguenze di questa disposizione, osservando che per conoscere i vincoli ipotecari gravitanti sul patrimonio di un individuo, non basta esaminare i registri dei trenta anni anteriori, ma si deve risalire ad epoche assai più remote; altri si associarono a questa osservazione, suggerendo di adottare una disposizione analoga a quella che era contenuta nel regolamento pontificio, secondo il quale i conservatori delle ipoteche erano obbligati a trasportare d'ufficio le iscrizioni legali delle donne maritate da un decennio all'altro, entro il termine di tre mesi successivi allo spirare del decennio in cui erano state prese; ma fu osservato giustamente che i conservatori, non avendo modo di sapere se un dato matrimonio era disciolto o no, avrebbero ingombrato inutilmente i registri, trasportando di periodo in periodo anco le iscrizioni ora mai estinte, o non meritevoli di speciale protezione, per avere, con la morte di uno dei coniugi, perduto il primitivo carattere; e che d'altronde, o la mancanza del trasporto non faceva perdere il grado, e non si ovviava al lamentato inconveniente o la faceva perdere, e tanto

valeva assoggettare la ipoteca legale della moglie alla regola generale che prescrive la obbligatorietà della rinnovazione.

La discussione fu felicemente troncata dal presidente, il quale propose la istituzione di quel registro particolare delle iscrizioni non soggette a rinnovazione di cui è parola nell' articolo 2072 codice civile (1).

Quello che parlando dei registri ipotecari avemmo occasione di esporre in proposito (sopra n. 331), ci dispensa dall'entrare in lunghe disquisizioni su questa importante riforma legislativa. Dal momento che in ossequio alla tradizione non si voleva assoggettare la ipoteca legale della moglie alla norma comune della rinnovazione (2), non si poteva adottare un migliore e più provvido temperamento. Per esso occorre risalire talvolta con le ricerche ad epoca anteriore al trentennio; ma le ricerche sono rese sommamente facili dal registro speciale, che contiene poche iscrizioni,

---

(1) *Processi verbali*, XLIV, n. 2: « Agli inconvenienti che da ciò possono « derivare, disse il presidente *Cassinis*, si potrebbe ovviare prescrivendo l'ob- « bligo dei conservatori di tenere un registro particolare delle iscrizioni non « rinnovabili ; e ciò si potrebbe fare anche per via di regolamento. — Prende « qui la parola altro dei commissari (*Mancini*) e nel mentre si associa al pen- « siero del presidente, propone potersi il medesimo mandare ad effetto nel « Codice stesso, ossia sostituendo al n. 2 dell' art. 2097 (2072 del Codice) le « disposizioni seguenti : « 2. Per le iscrizioni rinnovabili ; 2 bis. Per le iscri- « zioni non rinnovabili ». — Il presidente dichiara di accettare, siccome ap- « pieno conforme al suo divisamento, la proposta Mancini.—Messa la medesima « ai voti è approvata con voti 9 contro 2 ».

(2) Osservò in proposito la Commissione coordinatrice che imponendo alla moglie l' obbligo della rinnovazione durante il matrimonio si sarebbe posta la medesima nella dura alternativa di fare un atto apparentemente ostile contro il marito, o di perdere le cautele della sua dote (*Processi verbali*, XVI, n. 7). Il Pochintesta (*op. cit.*, II, 303) dice che la eccezione non può giustificarsi; ma a noi sembra giustificata dal temperamento adottato dalla Commissione.

e che si presta, per conseguenza, meglio del registro ordinario, alle ispezioni che possono occorrere.

La eccezione stabilita nell'art. 2044 cod. civ. ha luogo qualunque sia la durata del matrimonio, e dà vita alla iscrizione anco per un anno successivo allo scioglimento del medesimo, avvenga questo per la morte del marito o per la morte della moglie. Decorso l'anno, l'iscrizione che non sia rinnovata perde il suo grado, dovendo, entro l'anno dallo scioglimento del matrimonio, farsi luogo alla restituzione della dote (art. 1410 cod. civ.) e cessando dopo quel tempo il diritto agli alimenti e all'abitazione in favore della vedova, se il matrimonio è sciolto per la morte del marito (articolo 1415 cod. civ.).

Se poi il matrimonio fosse annullato, incomberebbe alla moglie l'obbligo della rinnovazione decorso l'anno dal giorno in cui la sentenza di annullamento fosse passata in giudicato; ma non si potrebbe addurre la mancanza di rinnovazione verificatasi prima di questo giorno, per quanto il matrimonio avesse durato più di trent'anni, perchè l'annullamento sopravvenuto non potrebbe nuocere alla efficacia della iscrizione nel tempo anteriore, secondo la precisa disposizione dell'art. 2004 cod. civ. (1).

501. La legge non dispensa le altre ipoteche legali dall'obbligo della rinnovazione; l'alienante, per il prezzo non per anche soddisfatto quando scade il trentennio, il condividente per il conguaglio che a questa scadenza siagli tuttora dovuto, sono tenuti a provvedere da sè stessi alla rinnovazione, come ogni altro creditore iscritto. Lo stesso è a dirsi del procuratore del re, chiamato dalla natura del suo ufficio a vegliare sulla conservazione dei di

(1) Il Pochintesta (*op.* e *loc. cit.*) richiama a questo proposito il noto principio degli effetti civili del matrimonio contratto in buona fede e poi annullato (art. 116 cod. civ.). Ma il richiamo è fuori di luogo; il credito è dotale finchè il matrimonio dura, senza che si abbia riguardo alla buona o alla mala fede della moglie creditrice.

ritti d'ipoteca spettanti allo Stato sui beni dei condannati in ordine all'art. 1969 n. 5 cod. civ.

La situazione degl'interdetti, incapaci di provvedere da sè stessi alla rinnovazione della ipoteca iscritta in loro favore sui beni del tutore, meritava una speciale considerazione; lo stato d'interdizione può durare tutta la vita; può darsi quindi il caso che occorra conservare per oltre trent'anni una ipoteca iscritta a garanzia della gestione tutelare; lo stesso non poteva accadere riguardo alla minore età, essendo lo sua durata limitata agli anni ventuno, e ben potendo il minore, divenuto maggiore, provvedere da sè stesso alla tutela del proprio interesse, procedendo alla rinnovazione, ove il suo credito sopravviva per lungo tempo alla cessazione dello stato di minorità. Ma per quanto lo stato d'interdizione meritasse una particolare considerazione, il legislatore non ha voluto dettare una disposizione analoga a quella dell'articolo 2004 cod. civ. e si è limitato ad imporre l'obbligo della rinnovazione alle persone stesse che sono obbligate a prendere la iscrizione originaria in virtù dell'art. 1983 codice civile, comminando le stesse penalità per i casi di inosservanza.

Dispone infatti l'art. 2002 cod. civ.: « L'obbligo della rinno« vazione delle ipoteche legali a favore dell'interdetto incombe « al tutore, al protutore ed al cancelliere della pretura dove « sarà a quel tempo il registro della tutela dello stesso inter« detto, sotto le pene comminate dall'art. 1984 ».

Queste pene sono il risarcimento dei danni e la multa estensibile a lire mille. Il risarcimento non può esser dovuto se non in quanto la omissione della formalità abbia cagionato un danno effettivo all'interdetto; ma la multa è dovuta, indipendentemente dal danno, per la semplice inosservanza del disposto di legge.

502. Ad eccezione della ipoteca legale della moglie, esente da rinnovazione pel tempo sopra indicato, tutte le altre ipoteche,

legali, giudiziali o convenzionali che siano, sono quindi assoggettate all' obbligo della rinnovazione, obbligo che si riproduce ogni trent' anni con le stesse conseguenze di perdita del grado, se il creditore non si cura di ottemperare al disposto della legge.

Soggetta a rinnovazione non è pertanto la sola iscrizione originaria, ma anco la iscrizione rinnovata; cosicchè può accadere che un' iscrizione sia conservata per secoli nel suo grado primitivo, purchè venga rinnovata di trenta in trenta anni.

In caso però di rinnovazione d'iscrizione già rinnovata precedentemente, il termine utile per eseguirla non decorre dallo spirare del trentennio precedente, bensì dal giorno in cui fu iscritta la ipoteca in rinnovazione; diversamente avverrebbe che una iscrizione conserverebbe i suoi effetti per più di trent'anni, lo che non è voluto dal legislatore (1).

Giova chiarire l' importante argomento con un esempio.

L' iscrizione originaria è presa il 1° gennaio 1860; il termine per rinnovarla scade il 1° gennaio 1890; se la rinnovazione, che deve avvenire « *prima della scadenza del termine* », è stata eseguita il 1° decembre 1889, il termine per la seconda rinnovazione, non andrà a scadere col 1° gennaio 1920, ma col 1° decembre 1919. In altri termini, il primo periodo è trentennale

(1) Il POCHINTESTA (*op. cit.*, II, 306) così in proposito si esprime: « L'obbligo della rinnovazione si estende tanto alle iscrizioni originarie quanto alle « rinnovative. E come nel caso di prima rinnovazione il termine dei trent'anni « decorre dal giorno della iscrizione originaria della ipoteca, così nel caso di « seconda e ulteriore rinnovazione, decorre dal giorno della rinnovazione pre- « cedente, di modo che, se la rinnovazione avesse avuto luogo anticipatamente, « prima cioè che fossero scaduti trent'anni dalla iscrizione, il termine per l'ul- « teriore rinnovazione decorrerebbe dal giorno della seguita rinnovazione, qua- « lunque fosse il tempo sopravanzato al primo trentennio ». In questo senso il citato scrittore ricorda le decisioni seguenti: Casale, 20 aprile 1863, *Giur. cas.*, I, 35; Cass. Milano, 16 gennaio 1884, *Boll. uff.*, 1884, p. I; Torino, 4 marzo 1872, *Giur. tor.*, IX, 363, tutte rese in ordine al cod. albertino, ma applicabili sotto l'impero del codice vigente, salvo la diversità del termine.

per disposto di legge; due periodi non corrispondono a sessant'anni, se non quando la prima rinnovazione sia stata eseguita nell'ultimo giorno del termine; se sia stata anticipata di 10 o di 20 giorni, o di uno spazio di tempo maggiore, di altrettanto viene a diminuire il tempo utile per la seconda rinnovazione.

503. Configurando l'esempio suesposto siamo partiti dal concetto che siano dati al creditore trent'anni liberi per rinnovare utilmente la iscrizione; che cioè non sia compreso nel termine il giorno nel quale fu presa la iscrizione. È questo un punto trattato da tutti gli scrittori nostri e da tutti risoluto allo stesso modo (1), cosicchè una iscrizione presa il 1° gennaio 1868 deve essere rinnovata, per conservare il suo grado, non più tardi del 1° gennaio 1898.

In Francia la questione ha dato luogo a gravi divergenze, imperocchè alcuni sostenevano la soprascritta opinione (2), mentre altri volevano computato tanto il *dies a quo* quanto il *dies ad quem* (3), o li volevano esclusi ambedue (4); ma in Italia non si

---

(1) Sono infatti di opinione che non debba computarsi il *dies a quo*, ma che debba computarsi il *dies ad quem*: Pochintesta, *op. cit.*, II, 305; Ricci, *Dir. civ.*, X, 220; Melucci, *op. cit.*, Lez. XV, n. 6; Mirabelli, *op. cit.*, p. 93. Questi scrittori argomentano per analogia dell'art. 43 cod. proc. civ. Vedi ancora il Carabelli (*op. cit.*, II, § XLIX, n. 4) il quale cita in questo senso una declaratoria emessa pel lombardo veneto con sovrana risoluzione del 7 settembre 1847 che era del tenore seguente: « Il termine di 10 anni.... decorre col giorno immediatamente successivo a quello della seguita iscrizione... *per conseguenza una iscrizione presa, per esempio, nel* 20 *decembre* 1836 « *deve rinnovarsi, alla più lunga, il* 20 *decembre* 1846 ».

(2) Grenier, *op. cit.*, I, I, 107; Troplong, *op. cit.*, 714; Pont, *op. cit.*, XI, 1039; Aubry e Rau, *op. cit.*, § 280.

(3) Merlin, *Rep.* V. Inscr., § 8 bis, n. 2; *Questions de dr.* V. Delai, n. 4 bis; Dalloz, *Rep.* V. priv. et hyp., n. 1648.

(4) Persil, *sur l'art.* 2154, n. 8; Delvincourt, *Dr. civ.*, III, p. 353. Secondo la prima opinione, che computa il *dies a quo* non il *dies ad quem*, la ipoteca iscritta il 1° gennaio 1868 può essere rinnovata, come si è detto, nel

fa questione di ciò, come non si dubita che la iscrizione deve essere presa nell' ultimo giorno del termine, non nel giorno susseguente, anco se l'ultimo giorno è festivo, dal momento che gli ufficii ipotecari stanno aperti nei giorni di festa fino al mezzogiorno (1).

L'art. 43 del cod. di proc. civ., applicabile al presente caso per il principio generale scritto nell' art. 3 capov. del titolo preliminare al codice civile, toglie ogni dubbiezza sull'uno e sull'altro punto. Infatti il citato art. 43 dispone; « Nel computo dei ter« mini misurati a giorni, e a periodi maggiori, non si comprende « il giorno della notificazione.... I giorni festivi si computano nei « termini ».

SEZIONE II

FORME DELLA RINNOVAZIONE.

SOMMARIO

504. Le forme della rinnovazione non diversificano da quelle della iscrizione originaria; si presentano pertanto al conservatore due note conformi a quelle della iscrizione precedente, con tutti i requisiti indicati nell' art. 1987 cod. civ. (art. 2005 cod. civ.).

---

testo, il 1° gennaio 1898; secondo la opinione più severa, che computa ambedue i giorni, dovrebbe essere rinnovata il 31 decembre 1897 a pena di decadenza; secondo la opinione più benigna, che ambedue li esclude, potrebbe essere rinnovata utilmente anco il 2 gennaio 1898.

(1) Anche su questo punto vi è divergenza in Francia, come può vedersi nei citati scrittori.

Due diversità degne di nota si riscontrano però nell' adempimento di questa formalità. La prima consiste in ciò, che le note devono contenere la dichiarazione che s' intende rinnovare la iscrizione originaria, la quale per ciò deve essere ricordata con la sua data e col numero del volume e dell' articolo del registro particolare sul quale è riportata; la seconda poi consiste nella facoltà, concessa al richiedente, di presentare, in luogo del titolo, la nota della iscrizione da rinnovarsi.

Dell' una e dell' altra particolarità è utile tenere separato discorso.

505. La dichiarazione che s' intende rinnovare la iscrizione originaria, la quale si fa generalmente in fine della nota con le parole « *si dichiara che la presente è in rinnovazione di quella iscritta li.... vol.... art....* », ma può farsi in principio o in mezzo alla nota, senza che ciò importi nullità della nota stessa e della rinnovazione compiuta in virtù della medesima, è sostanziale. In mancanza di essa la formalità potrà valere come iscrizione nuova, ma non varrà come rinnovazione, e non potrà servire a conservare il grado della iscrizione originaria, perchè i terzi interessati devono dal registro ipotecario, e dalle indicazioni contenute nel medesimo, essere posti in grado di conoscere se una iscrizione è originaria o rinnovativa, e se per conseguenza prende grado dalla sua data o da una data anteriore.

Non varrebbe a supplire al difetto di sì fatta dichiarazione la indicazione del titolo costitutivo, che fosse di data antica: nulla vieta infatti di iscrivere oggi una ipoteca in forza di un titolo antico di oltre trent' anni, purchè il credito non sia estinto per via di prescrizione o in altro modo; ma la ipoteca produce effetto e prende grado dal giorno della sua data.

Soltanto con la dichiarazione che l' iscrizione è presa in rinnovazione di precedente, si ottiene il resultato dell' anteriorità che fa risalire il grado all' epoca della iscrizione originaria.

Dato del resto che la dichiarazione vi fosse, ma non contenesse tutte le indicazioni atte a designare la iscrizione originaria, o quella rinnovativa anteriore, lo scopo della rinnovazione sarebbe pienamente raggiunto, purchè fosse dato identificare quale è la ipoteca che il richiedente ha inteso di rinnovare. La legge infatti richiede la dichiarazione che s' intende rinnovare la iscrizione originaria, ma non detta norme speciali per l' adempimento di tale formalità; e quando ancora le dettasse, e prescrivesse l'indicazione della data, del volume e dell'articolo, del titolo originario, dell'originario creditore e dell'originario debitore o possessore dei beni gravati, si dovrebbe applicare il principio che salva dalla nullità le formalità ipotecarie imperfette, ogni qual volta la omissione o la inesattezza di alcune delle dichiarazioni volute non è tale da indurre incertezza assoluta sopra ciò che veramente è sostanziale (1).

Essendo dovuta del resto per la rinnovazione metà della tassa proporzionale stabilita per la iscrizione originaria (2), il richiedente ha un evidente interesse a dichiarare che la iscrizione è presa in rinnovazione di una iscrizione antecedente, e il caso che sia omessa sì fatta dichiarazione non è praticamente escogitabile (3).

---

(1) Confr. su ciò Pochintesta, *op. cit.*, II, 310.

(2) Per la legge 8 agosto 1895, n. 486 che approva i provvedimenti finanziari, allegato C, contenente le disposizioni sulle tasse ipotecarie, ecc., la tassa proporzionale è stabilita in centesimi 80 per ogni 100 lire di capitale iscritto e dei relativi accessorii, e in centesimi 40 per le rinnovazioni, modificando l' art. 2 del testo unico sulle tasse ipotecarie e sugli emolumenti dovuti ai conservatori, approvato con R. D. 13 settembre 1874, n. 2079 (serie 2ª) che fissava dette tasse in 50 e 25 centesimi respettivamente per ogni 100 lire della somma iscritta.

(3) Se l'iscrizione di rinnovazione fosse presa dopo scaduto il termine trentennale anco di un solo giorno, sarebbe dovuta la tassa di centesimi 80 non quella di 40, perchè si avrebbe una iscrizione nuova non una rinnovazione. Ogni rinnovazione presa fuori del termine vale come nuova iscrizione (Cass. Roma, 20 luglio 1876, *Giur. it.*, XXIX, 1, 1, 40).

506. Osserva un nostro scrittore che la giurisprudenza ispirandosi, nel tema delle rinnovazioni ipotecarie, al principio che informa l'art. 1998 cod. civ., ritiene sostanzialmente che la legge fu osservata quando siavi un atto il quale appalesi la volontà di mantener viva l'iscrizione primitiva (1). Non ci sembra che il principio contenuto in tale osservazione sia formulato esattamente, perchè la volontà di mantenere in vita la primitiva iscrizione, deve essere espressa con la presentazione di due note conformi a quelle della iscrizione precedente e contenenti per conseguenza tutte le indicazioni volute dall'art. 1987 cod. civ. Mentre pertanto non esitiamo ad accogliere la massima ricordata dal citato scrittore che « l'errore incorso nella indicazione dell'anno della primitiva « iscrizione non può essere efficacemente obiettato quando detta « iscrizione fu esattamente citata per volume ed articolo » (2), non possiamo concordare nell'altra, pure ricordata da lui, « che non « è causa di nullità l'essersi la iscrizione rinnovativa riferita, per « la descrizione dei beni ipotecati, a quella contenuta nella iscri- « zione precedente » (3). La rinnovazione è una iscrizione e deve averne i requisiti; non si userà per essa rigore maggiore di quello che l'art. 1998 cod. civ. prescrive per la iscrizione originaria, ma dovrà pronunciarsene la nullità se non contiene le indicazioni sostanziali riguardanti la persona del debitore, la quantità della somma iscritta, la natura e la situazione dei beni gravati: un semplice riferimento alla iscrizione precedente non sarebbe per queste indicazioni sostanziali ammissibile (4).

---

(1) Pochintesta, *op.* e *loc. cit.*

(2) Nizza, 31 marzo 1857, *Giur. it.*, VII, 2, 546.

(3) Chambery, 6 giugno 1859, *Giur. it.*, XI, 2, 538.

(4) In senso benigno fu deciso che la rinnovazione di una iscrizione ipotecaria, impropriamente designata col nome di reiscrizione, anzichè con quello più appropriato di rinnovazione, è tuttavia efficace (Genova, 20 gennaio 1879, *Gazz. leg.*, III, 54); fu deciso ancora che dovendo essere la nuova iscrizione

507. Le cose fin qui esposte porgono nuova e desiderata occasione di constatare la perfezione del sistema adottato dal legislatore italiano in confronto ai codici anteriori. Infatti con le parole « *contenenti la dichiarazione che s' intende rinnovare la originaria iscrizione* » l' art. 2005 cod. civ. risolve nel modo il più naturale ed il più logico la questione cui dava luogo il codice francese intorno al modo di operare la rinnovazione. La dichiarazione richiesta dal citato articolo, secondo alcuni commentatori di questo codice, non era, nel silenzio della legge, ravvisata necessaria (1); secondo altri non se ne poteva prescindere e la rinnovazione che difettava di simile dichiarazione non poteva valere che come iscrizione nuova e non prendeva grado che dalla sua data (2): la stessa incertezza si ripercuoteva nella giurisprudenza francese (3), ed anco nella italiana, perchè tutte le legislazioni ita-

---

conforme alla prima, il creditore *non può nè deve* tener conto dei cangiamenti anco essenziali che siano succeduti negli stabili ipotecati, quanto alla natura della loro coltivazione o destinazione (Cass. Torino, 21 gennaio 1859, *Giur. it.*, XI, I, 82). Il principio enunciato in quest' ultima decisione è esatto, ma non è formulato esattamente: anzi che dire il creditore *non può nè deve tener conto* ecc., occorre dire che *non è obbligato a tenerne conto*. Infatti se precisasse lo stato attuale, non sarebbe certamente redarguibile, per quanto possa essere scusato per non averlo precisato, non avendo l' obbligo di conoscerlo. Lo stesso è a dire per i mutamenti avvenuti nei numeri di mappa per frazionamenti, correzioni, attribuzione di numero speciale a nuove costruzioni, e casi simili.

(1) Troplong, *op. cit.*, 711; Dalloz, *Rep. gen.*, V. priv. et hyp., n. 1662.

(2) Grenier, *op. cit.*, II, 115; Merlin, *Rep.*, V. inscription hyp., § 8, 8 bis, n. 11, 240; Battur, *op. cit.*, III, p. 241; Aubry e Rau, *op. cit.*, § 280; Pont, *op. cit.*, 1053.

(3) Nel senso che la dichiarazione non fosse necessaria decisero: Liège, 9 giugno 1810, Dalloz, *Rep. gen.*, V. priv. et hyp., n. 1664; Limoges, 14 aprile 1848, Dalloz, *Rec. per.*, XLVIII, 2, 115; Montpellier, 26 febbraio 1852, Dalloz, *Rec. per.*, LIII, 5, 258. In senso opposto: Bruxelles, 5 giugno 1817, Dalloz, *Rep. gen.*, V. citata, 1663; Cass. fr. 14 giugno 1831, *ivi*, n. 1663, 1°; Lyon, 10 gennaio 1844; Rouen, 1° marzo 1845, *ivi*; Cass. fr. 25 gennaio 1853, Dalloz, *Rec. per.*, LIII, I, 12; Agen, 22 gennaio 1861, *ivi*, LXI, 2, 148, ec.

liane anteriori alla unificazione, meno la pontificia e la toscana, non risolvevano espressamente la questione di cui si tratta (1); il merito di averla risoluta non è del legislatore belga, come si dice comunemente (2), ma dei compilatori del motu-proprio gregoriano andato in vigore col 1° gennaio 1835 (3) e di coloro che compilarono, quasi contemporaneamente, la legge ipotecaria toscana del 2 maggio 1836 (4).

508. All' epoca dell' originaria iscrizione il conservatore ha preso cognizione del titolo in virtù del quale la ipoteca è stata iscritta, restituendolo, o ritenendolo secondo che si tratta del caso ordinario di titolo consistente in una sentenza, in un atto pubblico, o in un atto privato rilasciato dall'archivista o dal notaio, o del caso eccezionale di titolo consistente in una scrittura privata presentata nel suo originale, conforme è disposto nell' art. 1989 cod. civ. Per questo la legge dispensa il richiedente dall' obbligo di presentare nuovamente il titolo per ottenere la prima rinnovazione o le successive, dichiarando che tiene luogo di titolo la

---

(1) Facevano come il codice francese (art. 2154) le leggi civili napoletane (art. 2048), il codice parmense (art. 2205), il codice albertino (art. 2248).

(2) Pochintesta cita in questo senso la legge ipotecaria belga del 16 decembre 1851 la quale all' art. 90 così disponeva: « L' inscription en renouvel- « lement ne vaudra que comme inscription première, si elle ne contienne pas « l'indication précise de l'inscription renouvelée »; ma la precedenza delle due succitate legislazioni italiane è indiscutibile.

(3) Art. 172: « Per ottenere la rinnovazione dovrà il creditore presentare « o far presentare al conservatore la nota della iscrizione da rinnovarsi. . . e « vi unirà due altre note contenenti le stesse indicazioni che si richiedono dal- « l' art. 142, *dichiarando*, *in fine di esse, che intende confermare e rinnovare la « originaria iscrizione* ».

(4) Art. 216 capov. 2.°: « Per la rinnovazione debbono osservarsi le stesse « precise forme prescritte per la iscrizione originaria, omessa quella della pre- « sentazione dell' atto che giustifica il titolo, e debbono riportarsi le dichiara- « zioni contenute nella precedente iscrizione, aggiungendo che è fatta in con- « ferma e rinnovazione della medesima ».

nota della iscrizione da rinnovarsi (1). Il fatto della originaria iscrizione comprova abbastanza la esistenza del titolo sul quale si fonda la iscrizione che si vuol riconoscere (2).

Che se la nota della iscrizione precedente, o della precedente rinnovazione, fosse andata smarrita, o se, trattandosi di rinnovazione richiesta da un cessionario del credito e della ipoteca questi non fosse in grado di produrla, potrà ottenersene copia dal conservatore che conserva l' altro originale nel suo archivio e lo ha trascritto nei suoi registri.

Con il titolo originale, non accompagnato dalla nota della iscrizione precedente, la rinnovazione non potrebbe ottenersi; il disposto della legge è tassativo: tiene luogo di titolo la nota della iscrizione da rinnovarsi, e non può farsene a meno, per dimostrare la continuità e la conservazione del vincolo ipotecario.

509. La rinnovazione può essere fatta anche a nome dell' erede o del cessionario dell' originario creditore (3), contro il debitore originario; ma se al tempo della rinnovazione gl' immobili ipotecati appariscono da tre mesi nei registri censuari passati agli eredi o ad altri aventi causa del debitore, la rinnovazione deve anche essere diretta contro questi ultimi colle indicazioni stabilite dal n. 1 dell'art. 1987, in quanto risultano dagli stessi libri censuari (art. 2006 cod. civ.). Il legislatore ripete qui la disposizione dettata per la iscrizione da prendersi sopra i beni di un defunto (art. 1996 cod. civ.), disposizione che fu a suo luogo convenientemente illustrata (sopra n. 395). Però la parola « *aventi causa* » ha nell' art. 2006 cod. civ. un significato più esteso di quello attribuitole in relazione all' art. 1996 dello stesso codice, perchè comprende anco gli acquirenti per atto tra i vivi (4). In-

(1) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XV, n. 10.

(2) POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 309.

(3) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XV, n. 10.

(4) Genova, 28 maggio 1880, *Eco di giur.*, IV, I, 353.

fatti chi acquista un immobile per vendita, o altro atto a titolo oneroso o gratuito, soggetto a trascrizione, si pone al coperto dal pericolo di vedere validamente iscritta una ipoteca contro l'alienante, adempiendo sollecitamente tale formalità; la morte dell'alienante, posteriore all'atto di alienazione, non può cambiare la situazione giuridica dell'acquirente, al quale non può essere opposta l'ipoteca iscritta posteriormente alla trascrizione del suo titolo. Ma la rinnovazione è governata da principii diametralmente opposti: il terzo acquirente, sia pure per atto tra i vivi, per quanto abbia trascritto il suo titolo, è sempre esposto agli effetti della rinnovazione: la ipoteca preesisteva al suo acquisto e la iscrizione presa contro il suo alienante, o contro un precedente proprietario dell'immobile ipotecato, serviva a conservarla: prima che il trentennio venga a scadere, la rinnovazione che venga operata contro l'originario debitore, e contro l'acquirente, ne mantiene inalterati gli effetti contro quest'ultimo.

Occorre che la rinnovazione enunci il nome dell'originario debitore per constatare la identità della ipoteca rinnovata con quella precedentemente iscritta (1); occorre che enunci anco il nome del possessore attuale, se i beni gravati figurano al suo nome nei registri censuari da tre mesi, perchè la legge vuole con ciò garantire la pubblicità e la specialità, che sono la base di tutto il sistema ipotecario.

La inosservanza della regola stabilita nell'art. 2006 cod. civ. dà luogo alla nullità della rinnovazione: lo ha ripetutamente ritenuto la giurisprudenza (2) e resulta abbastanza dallo spirito della disposizione perchè non sia lecito dubitarne.

Si tratta d'altronde di un lieve sacrifizio imposto a coloro

---

(1) Ciò si argomenta dalle parole « *deve anche essere diretta* », contenute nell'art. 2006.

(2) Casale, 15 agosto 1882, *Giur. cas.*, II, 266; Napoli, 2 giugno 1882, *Legge*, XXIII, 1, 568; Cass. Napoli, 21 maggio 1880, *Gazz. proc.*, XV, 236.

che si trovano nella necessità di rinnovare una iscrizione ipotecaria: essi sono tenuti a consultare il catasto per conoscere se la intestazione sia stata mutata onde estendere la rinnovazione anche contro l'attuale intestato (1), senza avere obbligo di tener conto dei possessori intermedii.

La legge parla di registri censuari, di quelli cioè che contengono la *aestimatio bonorum secundum quam tributa pendentur*: questi soli devono essere consultati. Se pertanto l'acquirente per atto tra i vivi avesse trascritto il suo titolo d'acquisto, ma non avesse fatto eseguire la voltura catastale de' beni acquistati al proprio nome, la iscrizione sarebbe validamente rinnovata contro il solo alienante, per quanto fossero passati più di tre mesi dalla data della trascrizione (2).

510. La rinnovazione della iscrizione può aver luogo per somma diversa da quella enunciata nella iscrizione originaria; però la rinnovazione fatta per somma minore di quella antecedentemente iscritta, vale per la somma minore; quella presa per somma maggiore vale soltanto per quella originaria; per il di più, quando la eccedenza abbia riscontro nel titolo costitutivo, può valere soltanto come iscrizione nuova e prendere grado dalla sua data (3).

511. Una singolare osservazione è suggerita dalla disposizione dell'art. 2004 cod. civ. riguardante la ipoteca dotale esente da rinnovazione. Se il matrimonio dura più di trent'anni sappiamo già che la ipoteca legale della moglie conserva il suo effetto senza la rinnovazione durante il matrimonio e per un anno consecutivo allo scioglimento del medesimo. Ma se il matrimonio

---

(1) Mirabelli, *op. cit.*, p. 100.

(2) Il Mirabelli (*loc. cit.*) ricorda in questo senso una sentenza della Cassazione di Napoli del 23 decembre 1880; ma non si cura di specificare il periodico nel quale può consultarsi.

(3) Genova, 28 maggio 1880, *Eco di giurispr.*, IV, I, 353.

dura meno di trent' anni, la ipoteca stessa conserverà egualmente il suo effetto per un anno dopo lo scioglimento del medesimo, o lo conserverà per un trentennio dalla sua data, come un' altra iscrizione qualsiasi?

La questione avrebbe dovuto essere esaminata più sopra, dove fu parlato dell' art. 2004 cod. civ. (n. 500); ma era sfuggita all' attenzione nostra e vogliamo farne cenno in questa sede: domando venia a chi legge per l'evidente infrazione di quel *lucidus ordo*, che è nostra costante preoccupazione.

L' art. 2001 cod. civ. contiene il principio generale di questa materia: l' iscrizione conserva l' ipoteca per trent' anni dalla sua data. Questo principio, appunto perchè generale, si applica indistintamente a tutte le iscrizioni e conseguentemente anco alla ipoteca legale della moglie. L' art. 2004 dello stesso codice ammette *per eccezione* che questa iscrizione conservi la ipoteca stessa per tutta la durata del matrimonio e per un anno successivo allo scioglimento del medesimo: ma una eccezione diretta a favorire la moglie ed i suoi eredi non può essere interpretata in senso sfavorevole al loro interesse. Se il matrimonio durerà più di trent' anni la iscrizione conserva il suo effetto senza la rinnovazione pel tempo eccezionalmente fissato dal legislatore; ma se dura meno di trent' anni, conserva egualmente il suo effetto per questo termine. Se il matrimonio durasse un anno solo, sarebbe assurdo esigere dalla moglie non soddisfatta del credito dotale, o dai suoi eredi, la rinnovazione della iscrizione dopo due anni dalla iscrizione originaria (1).

512. Le spese della rinnovazione sono, come quella della iscrizione, a carico del debitore se non vi è stipulazione in con-

(1) La questione si presentò alla Corte d'Appello di Palermo e fu risoluta in questo senso con sentenza del 6 agosto 1880 (*Giur. tor.*, XVIII, 55). Nello stesso senso Melucci, *op. cit.*, Lez. XV, n. 9.

trario (art. 2001 cod. civ.) (1), salvo nel creditore l'obbligo di anticiparle (2); ma poste per patto a carico del creditore le spese della iscrizione, si intendono poste a suo carico anco quelle della rinnovazione per la manifesta connessità delle une con le altre (3).

SEZIONE III

CESSAZIONE DELL'OBBLIGO DI RINNOVARE.

SOMMARIO

513. « Gli scrittori francesi impiegano molte pagine per de« terminare quando cessi nel creditore l'obbligo di rinnovare la « iscrizione ipotecaria: si distinguono i diversi casi che possono « occorrere e che richiedono diversa soluzione: vi è discordia di « opinioni e l'uno scrittore è perciò obbligato ad esporre, accet« tandolo o confutandolo, il parere dell'altro ». Così un egregio scrittore nostro intraprende la esposizione dell'art. 2003 cod. civ. che toglie di mezzo con una norma precisa le interminabili questioni a cui dà luogo nel diritto francese il silenzio della legge riguardo al momento in cui, avendo la ipoteca spiegato il suo effetto utile, cessa l'obbligo di rinnovare la iscrizione destinata a conservarla (4).

Nei casi di purgazione e di spropriazione forzata, dispone l'art. 2012 cod. civ., i diritti dei creditori ipotecari rimangono inalterabilmente fissati con la iscrizione della ipoteca legale in favore della massa dei creditori a norma degli art. 2042 e 2089. Presa infatti questa iscrizione per l'intero prezzo dell'immobile

---

(1) Cass. Torino, 24 marzo 1876, *Giur. tor.*, XIII, 344.

(2) Pochintesta, *op. cit.*, II, 318.

(3) Cass. Torino, 24 marzo 1876, *Giur. tor.*, XIII, 344.

(4) Mirabelli, *op. cit.*, p. 96.

ipotecato, dal terzo possessore che vuol liberarlo dalle ipoteche che lo gravano, offrendo il prezzo stesso ai creditori (art. 2042 cod. civ.), o dal cancelliere che ha assistito all' incanto e che è obbligato per legge sotto pena dei danni e di una multa estendibile a lire mille all' adempimento di questa formalità (art. 2089 cod. civ.), cessa la necessità della rinnovazione delle ipoteche particolari, perchè la ipoteca legale ne tiene luogo nei limiti del prezzo da distribuirsi: per questo l' art. 2003 cod. civ. dispone: « L' obbligo della rinnovazione per conservare gli effetti delle pre« cedenti iscrizioni cessa, nel caso di purgazione, coll' iscrizione « dell' ipoteca legale nascente dal titolo di alienazione a norma « dell' art. 2042, e nel caso di spropriazione forzata, con l' iscri« zione dell' ipoteca legale nascente dalla vendita all'incanto contro « il compratore pel pagamento del prezzo a norma dell' art. 2089 ».

Questa provvida e saggia disposizione elimina ogni difficoltà. L' obbligo della rinnovazione cessa con la iscrizione della ipoteca legale; non con la trascrizione della sentenza di vendita, nè col deposito del prezzo (1); non con la trascrizione del precetto immobiliare (2); non finalmente con la dichiarazione di fallimento del debitore, nè con l' ammissione del creditore al passivo del fallimento stesso con espressa riserva delle sue ragioni ipotecarie (3): di fronte al testo della legge, così chiaro e perspicuo, non resta il menomo dubbio in proposito (4).

---

(1) Venezia, 3 agosto 1880, *Tem. ven.*, V, 553.

(2) Genova, 2 febbraio 1880, *Eco di giurispr.*, XI, I, 103; Torino, 22 giugno 1871, *Giur. tor.*, VIII, 612.

(3) Cass. Torino, 4 aprile 1877, *Foro it.*, II, I, 489.

(4) Siamo stati incerti se dovessimo parlare delle disposizioni transitorie del cod. civ. e dei termini speciali in esse, e nelle successive leggi di proroga, stabiliti per le rinnovazioni delle ipoteche anteriori; ma abbiamo deciso di non parlarne. Il Codice è oramai promulgato nella massima parte del Regno da oltre trent' anni e le quistioni transitorie, che escono del resto dai confini di questo trattato, hanno perduto la massima parte della loro attualità.

TITOLO III

EFFETTI DELLA IPOTECA

SOMMARIO

514. Divisione della materia.

514. Il molto che abbiamo dovuto premettere parlando dei caratteri giuridici della ipoteca e delle varie sue specie, nonchè considerando questo importante istituto giuridico nel suo oggetto, ci consente di dare a questo Titolo III del trattato minore ampiezza che ai due titoli precedenti. Ormai ci è nota la natura giuridica della ipoteca, ci son noti i principii fondamentali che la governano; l'applicazione che di questi principii viene fatta dalla legge, prescindendo da alcune questioni speciali, meritevoli di particolare svolgimento, non dà luogo a notevoli difficoltà. Gli *effetti generali della ipoteca*, che si risolvono nel considerare l'azione ipotecaria nel suo ordinario modo di estrinsecarsi nel giudizio di graduazione, tendente alla ordinaria distribuzione del prezzo degl' immobili ipotecati, sono da distinguere dagli *effetti speciali riguardo al terzo possessore dell' immobile ipotecato*. La legge stessa li distingue, parlando nella Sezione V *dell' ordine fra le ipoteche* e nelle Sezioni VI e X *degli effetti delle ipoteche riguardo al terzo possessore* e del *modo di liberare gl' immobili dalle ipoteche*.

Esporremo in un primo capitolo tutto ciò che si riferisce alle disposizioni contenute nella Sezione V, aggruppando poi nel capitolo successivo quelle delle Sezioni VI e X, che sono strettamente collegate fra loro.

La estinzione della ipoteca, di cui è parola nella Sezione VIII, e la cancellazione delle iscrizioni, governata dal legislatore nella Sezione IX, formeranno argomento del Titolo IV ed ultimo del presente trattato.

CAPO I

EFFETTI GENERALI DELLA IPOTECA.

SOMMARIO

515. Sono da considerare in questo capitolo non soltanto le disposizioni riguardanti l'ordine delle ipoteche in relazione al grado che compete alle rispettive iscrizioni, ma ancora l'altra che determina la estensione della ipoteca per ciò che si riferisce agli accessorii del credito (art. 2010 Cod. civ.), e quella che regola la surroga del creditore perdente nella ipoteca del creditore anteriore avente ipoteca più lata (art. 2011 cod. civ.).

Conseguentemente il capitolo verrebbe ad essere logicamente diviso in tre sezioni nelle quali questi disparati argomenti, riuniti dal legislatore sotto il titolo improprio *dell'ordine fra le ipoteche*, riceverebbero il necessario svolgimento.

Occorre però premettere alcune indispensabili nozioni sugli effetti della ipoteca nei rapporti fra il creditore ipotecario e il proprietario dell'immobile ipotecato indipendentemente dall'esercizio dell'azione creditoria. Comprenderemo queste nozioni preliminari sotto il titolo di *generalità* e ne faremo argomento di apposita sezione.

SEZIONE I

GENERALITÀ

SOMMARIO

nazione di piante d' alto fusto — 523. Materiali di un edifizio e prodotti delle miniere cave e torbiere — 524. Azione personale di risarcimento contro l' acquirente nei casi di frode — 525. Alienazioni parziali e frazionamenti dell' immobile ipotecato — 526. Costituzione d' *jura in re aliena* — 527. Servitù imposte per legge — 528. Servitù stabilite per fatto dell' uomo — 529. Diritti di uso e di abitazione — 530. Diritti di usufrutto e di enfiteusi — 531. Diritti del creditore ipotecario rispetto al creditore anticresista — 532. Ipoteca e locazione dei beni ipotecati. Disposizioni di legge in proposito.

516. Abbiamo lungamente meditato se dovessimo in questa sezione parlare come di un effetto della ipoteca del diritto di far subastare l' immobile ipotecato; ma non abbiamo creduto opportuno di farlo, perchè questo diritto non spetta soltanto al creditore ipotecario: esso appartiene a qualsiasi creditore munito di titolo esecutivo, dal quale resulti un credito certo e liquido, determinato in una somma di danaro (art. 2081 cod. civ.). Infatti l'articolo 2076 cod. civ. dispone: « Il creditore per conseguire il pa- « gamento di ciò che gli è dovuto, può far subastare l' immobile « che si trova in proprietà del suo debitore, e quando sia ipo- « tecato a garantia del suo credito, può anche farlo subastare « dopo che è passato in proprietà altrui ». Il diritto di far subastare non è dunque un effetto generale della ipoteca, ma un effetto speciale di essa, che si verifica unicamente nei rapporti del creditore col terzo possessore dell' immobile ipotecato. Fin che un dato immobile è nel patrimonio del debitore, ogni creditore, privilegiato, ipotecario o chirografario che sia, può farlo subastare in virtù del principio generale contenuto negli art. 1948, 1949 cod. civ. Uscito l'immobile dal patrimonio del debitore, incomincia la differenza di situazione giuridica. Il creditore ipotecario può farlo subastare egualmente, perchè ha su di esso il diritto reale d'ipoteca; il creditore chirografario, invece, non ha che l' azione rivocatoria per farlo rientrare in quel patrimonio quando l' alienazione sia fraudolenta e ricorrano le condizioni volute dall' art. 1235 cod. civ.

Sarebbe pertanto un grave errore il considerare la facoltà di far subastare l'immobile ipotecato come un effetto generale della ipoteca; è un effetto speciale, riguardante il terzo possessore, che sarà da noi preso in considerazione, da questo particolare punto di vista, nel capitolo seguente.

Qui basta avvertire due non sostanziali differenze fra l'azione esecutiva immobiliare promossa contro il debitore dal creditore ipotecario e quella provocata da chi è munito, bensì, di titolo esecutivo (art. 2081 cod. civ.), ma non ha il diritto di prelazione nascente dalla ipoteca.

Se il creditore non ha ipoteca, può escutere indistintamente tutti i beni immobili del suo debitore (art. 2076 cod. civ.), ma questi ha facoltà di domandare che la subastazione sia limitata a quelli che resultino sufficienti al soddisfacimento del credito pel quale si procede e dei crediti privilegiati e ipotecari iscritti sui beni medesimi, e il Tribunale ha facoltà di accordare sì fatta limitazione, quando i beni da subastarsi non sono compresi in una sola coltivazione (art. 2088 cod. civ.). Se invece il creditore ha ipoteca, non può far subastare senza il consenso del debitore gl'immobili che non sono ipotecati a suo favore, se non quando i beni ipotecati pel suo credito sono insufficienti (art. 2080 cod. civ.), ma può al contrario far subastare tutti gl'immobili ipotecati a suo favore, sia per effetto di convenzione, sia per virtù di legge o per forza di sentenza, senza che il creditore possa opporsi, salva in lui l'azione di riduzione della ipoteca da esercitarsi nei casi e nei modi superiormente esposti.

Diciamo non sostanziale la differenza, perchè anco nel caso in cui il creditore ipotecario vuole subastare immobili non ipotecati in suo favore, il diritto accordato al debitore si risolve nella facoltà di domandare la limitazione della esecuzione quando non sia intervenuto il suo consenso e vi sia eccesso nella esecuzione: dire che il creditore ipotecario può far subastare i beni

non ipotecati a garantia del suo credito, quando quelli ipotecati sono insufficienti (art. 2080 cod. civ.), equivale a dire che il tribunale può limitare la subastazione ai beni che riconosce sufficienti al soddisfacimento del credito (art. 2088 cod. civ.); la differenza è di forma, non di sostanza, e sarebbe strano, d'altronde, che un creditore, per avere ipoteca sopra alcuni beni del debitore, perdesse sugli altri i suoi diritti.

In secondo luogo il creditore avente ipoteca su vari immobili non può, dopo che ha ricevuto la notificazione della domanda di purgazione o del bando venale di vendita, rinunziare alla sua ipoteca sopra uno degl' immobili stessi, nè astenersi volontariamente dal proporre la sua istanza nel giudizio di graduazione, all' intento di favorire un creditore a detrimento di un altro anteriormente iscritto (art. 2087 cod. civ.). Il creditore chirografario, invece, è libero di presentare la sua domanda di collocazione sul prezzo di tutti gl' immobili escussi in pregiudizio del suo debitore, o sul prezzo di alcuni soltanto; non avendo diritto a conseguire pagamento se non quando tutti i creditori ipotecari hanno ottenuto ciò che loro è dovuto, la sua astensione non può arrecare vantaggio all' uno in pregiudizio dell' altro. Anco questa differenza non è sostanziale, perchè non riguarda la essenza del diritto, ma il modo del suo esercizio. La qualità di creditore ipotecario non attribuisce soltanto dei diritti, essa impone anco dei doveri: primo fra tutti, l' onesto e leale esercizio del diritto di prelazione nascente dalla ipoteca, onde non pregiudicare gl'interessi altrui al di là dello stretto necessario (1).

---

(1) V. però Casale, 3 febbraio 1880 (*Foro it.*, V. I, 505) ove fu deciso che per incorrere nella responsabilità prevista dall' art. 2087 cod. civ. non è sufficiente la semplice astensione del proporre l'istanza nel giudizio di graduazione. Occorre il fatto volontario e lo scopo di favorire un creditore a detrimento di altro anteriormente iscritto, perchè la legge colpisce l'astensione preconcetta e voluta non quella dipesa da dimenticanza o da impossibilità di far valere i proprii diritti.

517. Considerando la ipoteca nei suoi caratteri (1) accennammo che il diritto reale d'ipoteca non è semplice diritto di far vendere l'immobile ipotecato, per ottenere pagamento del credito e dei suoi accessori sul prezzo ricavabile dalla alienazione, ma è diritto ancora d'impedire che il proprietario dello stesso immobile, sia esso il debitore o un terzo, compia intorno al medesimo atti di disposizione, e persino di cattiva amministrazione, che valgano a diminuirne il valore. Osservammo allora che il proprietario dell'immobile ipotecato conserva il diritto di alienarlo in tutto o in parte, e di costituire sopra di esso diritti reali di usufrutto, uso e abitazione e di servitù, ma osservammo del pari che sì fatte alienazioni e modificazioni della proprietà ipotecata non possono nuocere ai diritti del creditore ipotecario. Argomentammo da ciò che anco prima dell'esercizio della sua azione al creditore ipotecario spetta la facoltà d'ingerirsi nell'amministrazione dell'immobile ipotecato, non per regolarla a suo piacimento, ma per sorvegliarla e per reprimere con i rimedi di legge gli atti dannosi, che risolverebbero, se lasciati compiere, in una diminuzione della sua garantia.

È venuto adesso il momento di dare a queste proposizioni un conveniente sviluppo.

518. Incominciamo dall'alienazione. Questa non è certamente impedita al debitore per il fatto di avere assoggettato ad ipoteca il suo immobile. Soltanto dalla data della trascrizione del precetto immobiliare è tolta al debitore la facoltà di alienare l'immobile colpito dal precetto stesso (art. 2085 cod. civ.); prima che sia compiuta questa importante formalità, il debitore conserva pienissima la facoltà di alienare a titolo oneroso e gratuito, a favore di qualsivoglia persona, la proprietà che gli spetta sull'immobile ipotecato. Il creditore ipotecario non può lagnarsi di questa fa-

(1) Vol. I, n. 7.

coltà lasciata dalla legge al debitore, perchè l'alienazione non gli arreca danno. L'alienazione non estingue l'ipoteca, che è inerente ai beni e li segue presso qualunque possessore (articolo 1964 ult. capov. cod. civ.): obbliga soltanto il creditore a rivolgere le sue azioni contro l'acquirente, con un aumento di spesa, che è inconveniente trascurabile di fronte al vantaggio immenso di non sottrarre al commercio una parte rilevantissima della proprietà immobiliare (1).

Il creditore ipotecario, avendo azione contro chiunque si è reso, per qualsivoglia titolo, acquirente dell'immobile ipotecato, conserva impregiudicata nelle sue mani la propria garantia, perchè il passaggio da un proprietario all'altro non è cagione di deprezzamento, e perchè d'altronde la facoltà del rilascio accordata dalla legge al terzo possessore, che non è debitore di un prezzo sufficiente alla totale estinzione del debito, e che d'altronde non vuol subire la esecuzione forzata (art. 2013 seg. cod. civ.), non pregiudica la situazione del creditore iscritto, il quale, avendo diritto di preferenza sul prezzo dell'immobile ipotecato, non può pretendere cosa diversa o maggiore dell'immobile stesso.

519. L'alienazione totale dell'immobile ipotecato è dunque pel debitore e pel terzo possessore l'esercizio legittimo del diritto di proprietà che gli appartiene e che dal diritto reale d'ipoteca viene ad essere limitato, allo speciale oggetto della prelazione, ma non distrutto.

Lo stesso è a dirsi dell'alienazione dei frutti, i quali, destinati come sono a dare una rendita, e a riprodursi periodicamente,

---

(1) Il Melucci (*op. cit.*, Lez. XVIII, n. 8) osserva che la validità dell'alienazione « è positivamente presupposta dalla legge in tutti gli articoli del « codice che governano l'azione ipotecaria contro il terzo possessore »; ed è osservazione giusta; ma sembra a noi che la facoltà di alienare si argomenti direttamente dal divieto di alienare scritto nell'art. 2085 per il debitore contro del quale è stata eseguita la trascrizione del precetto immobiliare.

non possono restare immobilizzati col fondo che li produce, o in ragione del quale si esigono, per la circostanza che il fondo stesso è colpito dalla ipoteca del creditore.

Anco qui è la trascrizione del precetto che impedisce l'alienazione, perchè dalla data di questa i frutti, naturali o civili che siano, sono immobilizzati nelle mani del debitore, che ne rimane in possesso come sequestratario giudiziale, quando il tribunale non reputi opportuno di nominare, sulla istanza di uno o più creditori, un sequestratario diverso (art. 2085 cod. civ.).

L'alienazione dei frutti, è permessa in quanto rappresenta il legittimo esercizio del diritto di proprietà. Se costituisce invece un abuso di questo diritto, il creditore ipotecario ha modo d'impedirla o di reprimerla.

Secondo le rigide norme dello stretto diritto dovrebbe sempre essere considerata come abusiva l'alienazione anticipata, quella cioè che avesse per oggetto frutti naturali non ancora pervenuti a maturità, o frutti civili riguardanti il tempo avvenire. Ma in mancanza di una precisa disposizione di legge, una certa tolleranza riguardo a questi ultimi si desume dalla disposizione dell'articolo 1932 n. 7 cod. civ. per la quale devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione gli atti e le sentenze da cui resulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti per un termine maggiore di tre anni.

Oltre il suo effetto ordinario e di diritto, che è quello di rendere, in mancanza di trascrizione, inefficaci riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile, la cessione o liberazione anticipata di pigioni o di fitti non ancora scaduti per un termine maggiore di tre anni, la disposizione citata serve, in virtù del principio sancito dall'articolo 3 capov. del titolo preliminare al codice civile, a risolvere le altre questioni che possono presentarsi in sì fatta materia, e che non si possono decidere con una precisa disposizione di legge.

La riscossione anticipata di pigioni o di fitti, fatta per tempo inferiore a tre anni in conformità della consuetudine locale, prima che sia avvenuta la trascrizione del precetto, essendo opponibile persino a colui che ha comprato al pubblico incanto (art. 687 capov. cod. proc. civ.), è opponibile a più forte ragione al creditore ipotecario, senza che debba o possa distinguersi fra riscossione anteriore e riscossione posteriore al momento nel quale la ipoteca venne iscritta: al contrario la riscossione anticipata per tempo superiore a tre anni non sarebbe opponibile al creditore ipotecario, se non quando resultasse da atto reso pubblico mediante la trascrizione anteriormente alla iscrizione della ipoteca.

Per le riscossioni anticipate o cessioni di fitti o pigioni per tempo eccedente la consuetudine locale, ma inferiore a tre anni, non essendo richiesta la trascrizione dell'art. 1932 n. 7 cod. civ., parrebbe a prima vista che esse potessero sempre valere di fronte al creditore ipotecario, purchè poste in essere prima della trascrizione del precetto; ma il principio della pubblicità dei registri ipotecari porta necessariamente a distinguere fra cessioni e liberazioni anteriori e cessioni e liberazioni posteriori al momento in cui il diritto reale d'ipoteca ha preso vita in virtù della iscrizione le anteriori hanno piena efficacia, purchè resultino da atto pubblico, o da atto privato registrato o avente acquistato data certa in forza di uno degli equipollenti ammessi dalla legge (art. 1327 cod. civ.), perchè il creditore ipotecario ha preso l'iscrizione sopra un immobile legittimamente gravato di quell'onere da chi aveva facoltà di disporne; le posteriori invece sono prive di valore, perchè colui che ha pagato il prezzo della cessione, o ha anticipato il pagamento dei fitti, esaminando i registri ipotecari avrebbe conosciuto il vincolo da cui l'immobile era gravato, e avrebbe potuto conoscere il pregiudizio che la cessione o la liberazione anticipata avrebbero cagionato al creditore anteriormente iscritto.

520. La disposizione più volte ricordata dall'art. 1932 n. 7

cod. civ. non dà alcuna norma per decidere le quistioni alle quali può dar luogo l'alienazione dei frutti naturali; questi, siano frutti della terra o degli alberi, o prodotti dalle miniere, cave e torbiere, conservano la qualità dei beni immobili finchè non vengono raccolti e separati dal suolo o dalla pianta che li produce; finchè rimangono uniti al suolo, o alla pianta, sono parte del fondo, e la ipoteca che colpisce il fondo estende sopra di essi la sua efficacia. Il proprietario non perde il diritto di alienarli (1), finchè non sopravviene la trascrizione, a misura che pervenendo a maturità sono separati dal fondo; ma un'alienazione di essi prima che giungano alla maturazione non è giuridicamente concepibile, nè è concepibile la riscossione anticipata del loro prezzo, in pregiudizio del creditore iscritto e della sua ipoteca.

Se al momento dell' alienazione, e dell' anticipata riscossione del loro prezzo, l' immobile non è ipotecato, l' alienazione varrà, sempre che risulti da atto avente data certa anteriore alla iscrizione; ma quando l'ipoteca è stata iscritta, il creditore può insorgere contro l' alienazione e farla annullare come pregiudicievole ai suoi diritti.

Infatti l'art. 1176 cod. civ. dispone che il debitore non può più reclamare il benefizio del termine se ha diminuito per fatto proprio le cautele date al creditore; e sarebbe appunto un diminuire queste cautele, l' alienare i frutti dei raccolti avvenire diminuendo il valore dell' immobile ipotecato e la rendita di cui è suscettivo; e d'altra parte l'art. 921 del cod. di proc. civ. ammettendo che il sequestro giudiziale possa ordinarsi, oltre che nei casi nei quali è controversa la proprietà (art. 1875 cod. civ.), ogni qual volta siavi pericolo di alterazione, sottrazione o deteriorazione, dà al creditore un rimedio efficace quanto e più ancora della trascrizione del precetto immobiliare.

---

(1) Cass. Torino, 3 marzo 1876, *Giur. it.*, XXVIII, I, 510; Cass. Roma, 1° febbraio 1876, *Foro it.*, IV, I, 142.

Con la decadenza dal benefizio del termine e con la trascrizione del precetto immobiliare il creditore è costretto a ripetere il suo credito quantunque non sia peranche venuta la scadenza, rinunciando ai vantaggi derivanti a suo favore dallo stabile impiego dei suoi capitali; invece col sequestro giudiziale il creditore che non voglia riavere il suo denaro per non correre l'alea di un nuovo impiego, e per evitare la perdita che un collocamento meno lucroso potrebbe cagionargli, raggiunge il duplice intento di conservare inalterata la sua garantia e di non essere costretto a una riscossione anticipata del suo credito. La scelta dell' uno o dell' altro rimedio spetta indubbiamente al creditore, il quale è il miglior giudice del suo interesse, e adotti esso l' uno o l' altro, certo è che colui che ha anticipato il prezzo dei frutti futuri non ha su di essi un diritto reale esperibile in pregiudizio delle ipoteche anteriori al suo atto di acquisto; ha un semplice diritto personale contro il venditore, che si risolve, sempre che il prezzo sia stato da lui pagato, in una mera azione di regresso.

L'acquirente non potrebbe opporre che la vendita consentita a suo favore è vendita di cose mobili, perchè destinata ad avere effetto quando i frutti siano pervenuti a maturità: la esistenza della ipoteca quando il contratto fu posto in essere, rende inefficace la contrattazione, perchè l' acquirente non poteva ignorare la esistenza del credito e la diminuzione di garantia che il creditore veniva a risentire. Tra i due diritti, quello del creditore ipotecario e quello dell' acquirente dei frutti futuri, il primo merita indubbiamente la preferenza, perchè garantito dalla iscrizione.

Riguardo a questo caso, nel completo silenzio della legge, non è possibile far questione di termine più o meno lungo; fossero venduti i frutti dell'annata, o i frutti di un' annata futura, fosse questa prossima o remota, la situazione giuridica delle persone interessate è identica. Il compratore dei frutti non acquista la proprietà di essi se non quando sono raccolti e separati

dal suolo; finchè non lo sono, nè possono esserlo, perchè non pervenuti a maturità, o non ancora prodotti, non hanno una esistenza separata da quella del fondo, e sono perciò colpiti dalla ipoteca che colpisce il fondo: l' acquirente non ha su di essi un diritto reale che possa prevalere sul diritto reale d' ipoteca; ha un semplice diritto personale contro l' alienante, che è diritto a conseguirli quando giunge il momento della separazione, sempre che non sia sopravvenuta la trascrizione del precetto, o il creditore ipotecario non abbia provveduto in altro modo, per esempio col sequestro giudiziale, alla conservazione della sua garantia. Ove ciò avvenga, il diritto dell' acquirente si risolve in una azione personale di risarcimento contro l'alienante, alla quale può aggiungersi, se il prezzo sia stato sborsato, l' azione di restituzione.

521. Se però il creditore ipotecario non si curasse di far valere i suoi diritti contro l' acquirente dei frutti col trascrivere il precetto in forza dell' art. 1176 cod. civ., o col provocare il sequestro giudiziario ai sensi dell' art. 921 cod. proc. civ. prima che i frutti fossero separati dal fondo e consegnati all'acquirente, e col fare dichiarare la nullità dell' alienazione compiuta in suo pregiudizio, non potrebbe esercitare utilmente questi diritti contro l'acquirente medesimo dopo avvenuta la separazione. Con questa i frutti sono divenuti cose mobili delle quali non è ammessa la rivendicazione; la circostanza che la vendita era avvenuta anteriormente, non è tale da rendere la situazione dell' acquirente diversa e deteriore di quella di colui che avesse acquistato i frutti pervenuti a maturità e ne avesse ottenuto contemporaneamente la consegna. Il contratto da lui posto in essere, che poteva essere impugnato prima della separazione dei frutti, e reso inefficace con l' esercizio dei rimedi accordati dalla legge al creditore ipotecario, diventa operativo di effetto per la tacita acquiescenza di lui, che non l'ha impugnato tempestivamente, e non si è valso

di quei rimedi finchè ne aveva il diritto. Maturati i frutti, e avvenuta la loro separazione, non solo non sarebbe data azione contro l' acquirente, ma il creditore non potrebbe fondare sul fatto della loro alienazione una domanda di sequestro giudiziale, nè invocare contro il debitore la decadenza del benefizio del termine, perchè da un lato non potrebbe dirsi vi fosse sottrazione, alterazione o deteriorazione, nè si potrebbe dall'altro parlare di una diminuzione delle date garanzie. Il fatto è normale; si tratta di un legittimo esercizio del diritto di godimento, inerente al diritto di proprietà, che non può dar vita a speciali azioni conservative o repressive per parte del creditore.

Quello che fu detto della vendita dei frutti naturali in genere, è da applicarsi alla vendita dei boschi cedui, che sono frutti naturali ancor essi, sebbene impieghino un tempo assai più lungo dei frutti ordinari a giungere a maturità. La circostanza che i boschi cedui vengono recisi a rari intervalli, non impedisce che il proprietario dell'immobile ipotecato possa alienarli quando giungono a maturità: soltanto la trascrizione del precetto ne impedisce l' alienazione. Se questa fosse fatta anticipatamente, ricevono applicazione le regole e le distinzioni sopra stabilite.

522. Della vendita di piante d'alto fusto fu fatto cenno parlando della ipoteca considerata nel suo oggetto (1); senza ripetere quello che fu già detto a questo riguardo, ci limiteremo qui ad osservare che sono da applicarsi per analogia le disposizioni del codice civile relative ai diritti dell' usufruttuario. Se le piante d' alto fusto sono distribuite in tagli regolari, si facciano questi periodicamente sopra una certa quantità di terreno, o sopra una determinata quantità di alberi presi indistintamente su tutta la superficie del fondo (art. 486 cod. civ.), o se si tratta di alberi sparsi per la campagna, i quali per consuetudine locale

(1) Vol. I, numeri 296, 297.

sieno destinati ad essere periodicamente atterrati (art. 487 cod. civ.). l'atterramento susseguito dall'alienazione, o ancora l'alienazione preordinata all'atterramento, rientrano fra gli atti di ordinaria amministrazione, i quali, non arrecando al fondo ipotecato un notevole deprezzamento, non conferiscono speciali azioni al creditore ipotecario. Ma se venissero atterrati per essere alienati, od alienati per essere atterrati dopo dal compratore, alberi d'alto fusto destinati a dare un frutto, e costituenti per ciò parte integrante del fondo, come un bosco di querci dove si fa l'allevamento del bestiame, o una selva di castagni, o un oliveto, il creditore ipotecario potrebbe insorgere e far valere i suoi diritti. L'atterramento eseguito gli darà diritto di domandare che il fondo sia posto sotto sequestro, ove non preferisca reclamare l'immediato pagamento del suo credito; ma sarà in facoltà d'impedire che l'atterramento avvenga trascrivendo il precetto immobiliare, o facendo annullare il contratto di alienazione come fatto in frode dei suoi diritti.

Ciò non ostante, un diritto di seguito sulle piante atterrate, o una surrogazione della prelazione nascente dalla ipoteca sul loro prezzo, che fosse tuttora dovuto, non sono da ammettere in mancanza di una precisa disposizione di legge che autorizzi il creditore all'esercizio di questi diritti. Con il loro atterramento le piante divengono cose mobili e la ipoteca cessa di colpirle; e d'altra parte i casi di surrogazione legale non possono essere determinati che dalla legge, la quale non ha, per questo, una disposizione consimile a quella contenuta nell'art. 1951 cod. civ.

523. Quello che fu detto per le piante di alto fusto, può dirsi a più forte ragione per le parti integranti di un edifizio e per i materiali del sottosuolo. Anco qui la separazione dal fondo, avvenga per causa indipendente dalla volontà o dal modo di agire del proprietario, o pel fatto di lui medesimo, fa acquistare agli oggetti distaccati la qualità di beni mobili, cosicchè la

ipoteca iscritta sul fondo cessa di colpirli. Non solo quelle cose che il legislatore dichiara immobili per destinazione, per la loro stabile aggregazione a un edifizio, come i quadri formanti corpo con la parete o col soffitto, le statue collocate in una nicchia formata espressamente per esse e gli altri oggetti enunciati nell' art. 414 cod. civ., ma ancora quelle altre cose senza le quali lo stesso edifizio vien meno alla sua destinazione, come le porte, le finestre, le vetrate, le persiane, e quelle che ne formano parte integrante, come i materiali, le colonne, le incrostazioni, gli stipiti, i pietrami lavorati di qualunque natura e valore; non solo le armature dei vigneti, le palizzate, le reti metalliche e gli altri elementi costitutivi di un recinto, ma ancora i prodotti delle miniere, cave e torbiere, tutto quello insomma che può separarsi dal fondo, diviene cosa mobile con la separazione, nè è concepibile una rivendicazione, o un diritto di seguito, per parte del creditore ipotecario, nè un diritto di prelazione del medesimo sul prezzo che può ricavarsene.

Il creditore può impedirne il distacco col provocare il sequestro giudiziario dell' immobile ipotecato, o col trascrivere il precetto immobiliare, provocando in pari tempo, ed ottenendo, la nomina di un sequestratario diverso dal debitore; ma una volta che il distacco è avvenuto, non è ammesso l' esercizio dell' azione ipotecaria su ciò che è stato distaccato dall' immobile e ha perciò cessato di farne parte.

Fra questo caso e quello contemplato nel numero precedente vi ha però una differenza degna di nota in questo senso, che mentre la vendita di piante d' alto fusto destinate ad essere atterrate, è per la prevalente giurisprudenza vendita di cose mobili, che non può, di regola, essere fatta annullare dal creditore ipotecario in confronto ed in pregiudizio del terzo acquirente, la vendita di parti integranti dell' edifizio non ha questo carattere. In altri termini, di fronte a una contrattazione di questa natura, il terzo

acquirente non può farsi schermo della sua buona fede. Il pregiudizio del creditore ipotecario è insito in una contrattazione di questo genere e chi la pone in essere, giunto al momento di portarla ad esecuzione, può trovare ostacolo nella tempestiva opposizione del creditore stesso, il quale, fino a che il distacco non è materialmente avvenuto, può domandare l' annullamento della convenzione. Avvenuto il distacco non può parlarsi di nullità, e il creditore ipotecario non può valersi che del rimedio accordatogli dall' art. 1176 cod. civ., esperibile, non contro il terzo acquirente, ma bensì contro il proprietario dell' immobile ipotecato.

524. Tutto quello che abbiamo esposto nei numeri precedenti a complemento di quanto fu detto nel Titolo I, considerando l' ipoteca nel suo oggetto, riguarda le questioni che possono sorgere in proposito dal punto di vista dell' esercizio del diritto reale d' ipoteca e dell' azione ipotecaria con la quale il diritto stesso si esplica e produce i suoi effetti.

Ma se al creditore ipotecario non compete diritto reale sopra ciò che è stato separato dall' immobile ipotecato, si tratti di frutti, o di parti integranti dello stesso immobile, di piante d' alto fusto o di materiali, è indubitato che a lui può spettare un'azione personale contro il terzo acquirente in ragione della sua mala fede, della frode di cui siasi reso colpevole e della sua collusione col proprietario dell' immobile ipotecato.

Si tratta in tal caso di un' azione di risarcimento, che non ha base nelle disposizioni speciali alla materia ipotecaria, ma nel principio generale dell' art. 1151 cod. civ. Vi è un fatto illecito, che obbliga di per sè stesso il terzo acquirente in ragione della sua colpa o del suo dolo.

Principii assoluti, in una materia più di fatto che di diritto come questa, non se ne possono stabilire: spetterà caso per caso al magistrato riconoscere e determinare se il terzo acquirente sia in buona fede o no, se sia o non sia tenuto, per conseguenza, al

risarcimento dei danni arrecati al creditore. Il proprietario di un fondo rustico, colpito da ipoteche le quali ne assorbono completamente il valore, vende con unica contrattazione tutti quanti i bestiami che lo istruiscono, o tutte quante le piante d'alto fusto che ne formano corredo indispensabile e servono a farlo fruttare: il fondo privato dei bestiami, rimane incolto e improduttivo; privato delle piante, è trasformato in arida landa o in pastura di scarso reddito, che non può ridursi a nuova cultura senza grave dispendio: il creditore non può certamente perseguitare i bestiami nelle mani del terzo, nè pignorare i legnami ricavati dalle piante abbattute, ma può agire contro il terzo per risarcimento del danno che gli ha cagionato la insolita contrattazione; basterà per ciò provare il danno, cioè il deprezzamento dell'immobile e la sua insufficienza sopravvenuta a garantire il credito; non occorrerà provare l'animo di danneggiare, che è insito in una contrattazione di questa natura, la quale, senza un fraudolento accordo fra il proprietario dell'immobile ipotecato e il terzo acquirente, non avrebbe potuto aver luogo. Ma se il proprietario dell'immobile ipotecato vende ad uno un paio di bovi da lavoro, ad uno i vitelli, ad altro le vacche, se vende alcune piante lasciandone sul fondo la massima parte, la contrattazione assume il carattere di atto di ordinaria amministrazione, che basta di per sè ad escludere la mala fede di coloro che si rendono acquirenti di siffatti oggetti. Ammettere l'azione di risarcimento in questi casi, sarebbe lo stesso che rendere impossibile il commercio, vita della industria agricola e condizione indispensabile del suo esercizio. La ipoteca cambierebbe natura, perchè mentre non priva il proprietario dell'immobile ipotecato del diritto di disporne e di amministrarlo, sarebbe convertita in un vincolo odioso ed eccessivo, incompatibile con la stessa sua essenza.

Lo stesso è a dirsi della ipoteca gravante gli edifizi. Se il proprietario aliena una finestra, una porta, una colonna, una scul-

tura, per quanto incorporata nel muro, la buona fede del terzo acquirente difficilmente potrà essere revocata in dubbio; il proprietario poteva avere questi oggetti in magazzino, potevano essere cose mobili anche prima della contrattazione; ma chi potrebbe seriamente ammettere la buona fede di colui che acquistasse, spesso a vile prezzo, tutti gli affissi di una casa, la quale perciò rimanesse inabitabile, o le colonne di un porticato rendendo inevitabile la rovina dell' edifizio?

Nelle vendite di frutti pendenti non pervenuti a maturità sono da applicare le stesse regole. Si tratta di frutti prossimi alla loro separazione? La buona fede è insita nell' oggetto della contrattazione. Si tratta di un bosco ceduo maturo per il taglio soltanto fra qualche anno, comprato a prezzo vile, con animo di farvi un lucro eccessivo? È agevole ritenere la mala fede del terzo acquirente, la scienza in lui del deprezzamento arrecato all' immobile ipotecato, del danno cagionato al ceto creditorio.

Fra i casi tipici considerati di sopra, la pratica può presentarne una infinita varietà meno caratteristici, nel risolvere i quali si manifesterà l' acume del magistrato chiamato a giudicarne, secondo il suo prudente arbitrio, fondato sulle circostanze e sulle prove sperimentate dalle parti.

A noi non resta, a questo riguardo, che fare un' ultima osservazione.

L'azione personale di risarcimento non può essere fondata che sul danno realmente patito pel fatto dell' alienazione. L'onere della prova incomberebbe al creditore che si facesse a ripeterlo. Egli dovrebbe pertanto escutere prima l' immobile ipotecato ed esercitare l' azione ipotecaria nel giudizio di graduazione. Se in questo ottenesse pieno pagamento del suo credito, in capitale e accessorii, a qual prò esercitare l' azione? E se per le risultanze di quel giudizio fosse accertato che quando anco l' immobile non fosse stato deprezzato per le fatte alienazioni, il pagamento non

si sarebbe potuto conseguire, come potrebbe parlarsi del risarcimento di un danno che non avrebbe la sua ragione di essere nelle alienazioni stesse?

La conseguenza che da questa osservazione si può trarre, è che l'azione personale di risarcimento contro il terzo acquirente, in tutti i casi enunciati nei numeri precedenti, è sussidiaria non principale; principale è l'azione reale nascente dall'ipoteca; può legittimarla e darle vita soltanto l'infruttuoso esercizio di questa.

525. Dicemmo di sopra che l'alienazione dell'immobile ipotecato è pel proprietario di esso, sia debitore originario o terzo possessore, l'esercizio legittimo di un diritto che la ipoteca non vale a distruggere. Può dubitarsi della ammissibilità di questo principio quando l'alienazione non è totale ma parziale, argomentando dalla diminuzione di valore che il frazionamento può cagionare all'immobile ipotecato, e dal danno che può derivare al creditore ipotecario per il fatto di trovarsi costretto a esercitare l'azione contro diversi terzi possessori con aumento considerevole di spesa.

Ma il dubbio non ha, a parer nostro, ragione di sussistere, in mancanza di una precisa disposizione di legge che contenga in proposito un espresso divieto.

Il proprietario dell'immobile non perde per il fatto di averlo ipotecato la facoltà di alienarlo, e non vi è una ragione speciale che possa impedirgli di alienarlo in parte, anzi che nella totalità.

Non vale obbiettare che non è opportuno obbligare il creditore a promuovere tanti giudizi di espropriazione quanti sono i singoli acquirenti: a ciò si risponde con due ragioni egualmente perentorie; la prima, che l'obietto potrebbe valere per riformare la legge, non per argomentare dal suo silenzio un divieto che non è scritto nelle sue disposizioni: la seconda, che nella pratica il creditore non è costretto a promuovere tanti giudizi se-

parati contro i diversi acquirenti, mentre la legge gli dà il diritto di notificare a tutti quanti l'unico precetto da lui trasmesso per tutti i beni ipotecati contro il debitore originario (art. 2014 capov. cod. civ.) coll'intimazione di pagare o rilasciare gl'immobili acquistati da ciascuno. Il giudizio esecutivo è quindi unico e indivisibile, come unica e indivisibile è la ipoteca in virtù della quale si procede; il lieve aumento di spesa cagionato dal maggiore numero di notificazioni richieste, non è argomento bastante per autorizzare la deroga al principio superiormente esposto.

Obietto a prima vista più grave può parer quello che si desume dal fatto che il terzo possessore può liberarsi dall'azione ipotecaria, non soltanto col rilascio del fondo da lui acquistato (art. 2013 cod. civ.), nel qual caso la espropriazione è proseguita contro l'alienante debitore originario, ma ancora promuovendo in tempo debito il giudizio di purgazione con offerta del prezzo di acquisto (art. 2040 seg. cod. civ.). Ove questo prezzo sia giusto, e il creditore ipotecario non ritenga conveniente di aumentarlo nel termine di cui all'art. 2045 cod. civ. il prezzo offerto dal terzo possessore resta definitivo e il creditore ipotecario che sia collocato in grado utile è tenuto a riceverlo in pagamento anco parziale del suo credito (art. 2046 cod. civ.). Ciò contradice al principio generale che il creditore non può essere costretto a ricevere in parte ciò che gli è dovuto (art. 1246 cod. civ.) e paralizza l'effetto che con la indivisibilità della ipoteca il legislatore si è proposto di raggiungere attribuendo all'azione ipotecaria il massimo effetto utile (art. 1964 cod. civ.).

Ma anco questo obietto non ha un valore assoluto e decisivo. Non ostante la regola dell'art. 1246 cod. civ. il debito di cosa divisibile si ripartisce fra gli eredi del debitore in proporzione della quota rispettiva (art. 1204 capov. cod. civ.) e non ripugna alla ragione che lo stesso avvenga fra più compratori di diversi immobili colpiti dalla stessa ipoteca, o di parti distinte

dello immobile ipotecato (1). In ciò vi è certamente un incomodo e forse un danno per il creditore, ma l'incomodo e il danno sono largamente compensati dal vantaggio grandissimo di non privare il proprietario dell' immobile ipotecato della facoltà di disporre liberamente della cosa che gli appartiene.

Contro le frodi, contro le alienazioni a prezzo vile, la legge concede ai creditori iscritti il provvido rimedio del rincaro (art. 2045 cod. civ.), che dà luogo a quell' ottima delle garanzie che è la vendita al pubblico incanto (art. 2048 cod. civ.): e d' altra parte non è esatto, nella maggior parte dei casi, che il vendere più immobili separatamente, o porzioni distaccate di uno stesso immobile, cagioni necessariamente un deprezzamento rispetto al valore della proprietà riunita od intera: i lotti piccoli trovano acquirenti più facilmente dei grandi, ed è più probabile la concorrenza, che rialza il valore della proprietà posta in vendita.

D'altronde il deprezzamento, quando pure si verificasse e fosse provato, come se fosse venduto separatamente un piano di una casa lasciando il passo a comune con gli altri piani, non può avere la conseguenza di autorizzare il creditore ipotecario a far subastare l'intero immobile, come se l' alienazione parziale non fosse avvenuta; il creditore trasmetterà al debitore il precetto per l'intero immobile, lo notificherà al terzo possessore per la sua parte; ma se il terzo possessore promuoverà nel termine di giorni quaranta la domanda di purgazione (art. 2041 cod. civ.), e il creditore non reputerà conveniente rincarare il prezzo, dovrà contentarsi del prezzo offerto, subire la liberazione della porzione d'immobile alienata e proseguire l'azione esecutiva sul rimanente (2).

---

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XX, n. 2.

(2) È di contrario avviso il Melucci (*op. cit.*, Lez. XX, n. 3) il quale in proposito così si esprime: « Non ostante tutto questo se l'alienazione parziale « o divisa dell'immobile o degli immobili ipotecati implichi un deprezzamento « del valore di essi, il creditore potrà esercitare la sua azione ipotecaria così

Il creditore avrà anche in questo caso il diritto d'invocare la decadenza dal benefizio del termine per diminuzione delle dategli garantie; ma sì fatto rimedio riguarda il debitore, non il terzo possessore, i diritti del quale sono fissati irrevocabilmente dalle disposizioni di legge che innanzi tempo abbiamo dovuto richiamare dallo speciale punto di vista accennato in questo numero.

526. Un altro caso che deve essere esaminato a questo punto si è quello riguardante la costituzione di un *jus in re aliena* sull'immobile già colpito da ipoteca. Un diritto d'usufrutto, di uso, di abitazione, di enfiteusi, di servitù prediale, costituito dal proprietario dell'immobile ipotecato, quale efficacia potrà avere nei rapporti del creditore iscritto? Sarà il medesimo tenuto a rispettarlo, o potrà escutere l'immobile per intero, malgrado la limitazione arrecata alla proprietà del medesimo con la costituzione del diritto a favore altrui, come se il diritto non sussistesse?

Non è, ben si comprende, questione di possibilità, per parte del proprietario dell'immobile ipotecato, di costituire sì fatti di-

---

« come l'avrebbe esercitata indipendentemente da questa alienazione: espro- « priando cioè l'immobile o gl'immobili con unica subastazione; perchè cotesto « atto di disposizione del debitore lede il suo legittimo interesse, che egli farà « rispettare, disconoscendo il fatto di colui che aveva obbligo di mantenere in- « tegre le garantie concesse al creditore ». Ma questa opinione, e la distinzione con essa propugnata, non meritano accoglienza. La distinzione è affatto arbitraria, e, in mancanza di una precisa disposizione di legge che l'autorizzi, non è ammissibile. Il fatto del debitore che aveva obbligo di mantenere la garentia data al creditore nella sua integrità iniziale, autorizza il creditore a reclamare un supplemento di garantia o l'immediato pagamento del suo credito; ma non lo autorizza certamente a privare il terzo possessore del diritto di liberare la porzione d'immobile o l'immobile di cui si è reso acquirente, usando di un suo diritto. Decidendo la questione diversamente si cade nell'arbitrio, attribuendo al creditore un diritto che la legge non gli concede e che è incompatibile affatto col diritto contrario concesso indubbiamente al terzo possessore.

ritti, imperocchè tale possibilità è una conseguenza necessaria del principio che la ipoteca non priva l'ipotecante della facoltà di disporre: è quistione di efficacia della costituzione dei diritti stessi rispetto al creditore ipotecario, in quanto arrecano una diminuzione di valore all'immobile ipotecato e si risolvono, per conseguenza, in una diminuzione della data garantia.

Possono presentarsi a questo riguardo diversi casi, i quali meritano separato esame.

527. Può darsi anzi tutto che una servitù venga imposta sull'immobile ipotecato per necessità di legge, come una servitù di passaggio coattivo (art. 593 cod. civ.), o di acquedotto (art. 598 cod. civ.), od altra consimile. Qui non è il proprietario che dispone dell'immobile in pregiudizio dei diritti spettanti ai creditori iscritti; è la legge stessa che impone la servitù per ragioni prevalenti d'ordine pubblico. Il creditore ipotecario è tenuto a subire la diminuzione di valore che la proprietà ipotecata risente per la imposizione della servitù e ha soltanto diritto alla surrogazione legale, quando sia dovuta una indennità, secondo la disposizione dell'art. 1951 ultimo capoverso cod. civ. Se poi non è dovuta indennità, egli deve espropriare l'immobile così come si trova e subire la diminuzione di valore derivante dalla servitù legale. Sia questa stabilita per utilità pubblica, o per utilità privata (art. 533 cod. civ.), è sempre la volontà del legislatore che la impone per dare alla proprietà fondiaria il migliore assetto possibile; è in giuoco un interesse pubblico, il quale deve necessariamente prevalere sull'interesse privato.

D'altronde, è ovvio considerare che servitù di questa natura, portate il più spesso dalla situazione dei luoghi, non alterano sostanzialmente il valore della proprietà sulla quale sono imposte: nei casi più gravi, quando la limitazione per esse arrecata al diritto di proprietà assume una certa importanza, è dovuta la indennità; e poichè in questi casi le somme dovute da chi si vale della servitù sono vincolate al pagamento dei crediti iscritti (ar-

ticolo 1951 cod. civ.), il creditore ipotecario, che da un lato trova diminuito il valore dell' immobile costituente la sua garantia, trova dall'altro un adequato compenso nel diritto alla indennità. Sia pure che questa sia dovuta, in ragione del suo grado, a un creditore anteriormente iscritto, anco il creditore posteriore ne risente un diretto vantaggio: se da un lato diminuisce il valore dell' immobile, scema dall' àltro lato l'ammontare del credito anteriore e l'equilibrio si ristabilisce.

528. Può darsi, in secondo luogo, che una servitù prediale venga stabilita per fatto dell' uomo, senza che sia da distinguere se ciò avvenga in forza di titolo, o in virtù del possesso trentennale, quando la servitù per essere apparente e continua sia usucapibile, o per destinazione del padre di famiglia (articolo 629 cod. civ.).

Il caso non presenta difficoltà, imperocchè è manifesto che per determinare la efficacia della servitù rispetto al creditore ipo tecario, non può aversi riguardo che al momento nel quale la ipoteca venne iscritta. Se in questo momento la servitù era legalmente stabilita, sia perchè fosse trascritto il titolo, sia perchè fosse compiuto il periodo trentennale, o avesse avuto luogo il fatto speciale che dà vita alla servitù per destinazione, il creditore ipotecario deve subirne le conseguenze in virtù del noto principio *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*: ipotecò, è vero, il proprietario, la sua proprietà, o fu iscritta, in virtù di legge o di sentenza, la ipoteca contro di lui, assoggettando il fondo a diritto reale; ma la servitù sussisteva precedentemente e il creditore non può lagnarsi della diminuzione di valore che può derivarne. Ma se la servitù ha preso vita dopo la iscrizione della ipoteca, la soluzione contraria s' impone per la natura stessa delle cose. Non era lecito al proprietario rendere deteriore la condizione del creditore iscritto, nè colui che ha acquistato la servitù in vantaggio del suo fondo può pretendere di esercitarla in pregiudizio di

lui. Abbia pure trascritto il suo titolo, ove si tratti di servitù imposta per convenzione o per sentenza, provi pure il possesso trentennale, o il fatto che dà luogo alla servitù per destinazione, l'iscrizione anteriore della ipoteca, risultante dai pubblici registri del conservatore, è di ostacolo all'esercizio del suo diritto: potrà spettargli contro il proprietario del fondo servente un'azione d'indennità, in special modo se la servitù sia stata costituita a titolo oneroso, ma non potrà esercitare il diritto reale di servitù in pregiudizio del diritto reale d'ipoteca anteriormente acquistato, *erga omnes*, in virtù della iscrizione.

La facoltà di alienare, che il proprietario dell'immobile ipotecato conserva non ostante la costituzione della ipoteca, non è di ostacolo a questa soluzione; tale facoltà presuppone la possibilità per parte del creditore ipotecario di perseguitare la proprietà alienata, nelle mani del terzo possessore, e di esercitare l'azione ipotecaria sopra di essa. Ora una servitù prediale non è espropriabile senza la congiunta espropriazione del fondo dominante, perchè se da un lato è dichiarata bene immobile per il suo oggetto (art. 415 cod. civ.), dall'altro non è dichiarata suscettiva d'ipoteca (art. 1967 cod. civ.). L'azione ipotecaria dovrebbe essere esercitata, non già congiuntamente sul fondo dominante e sulla servitù che vi è annessa, bensì separatamente sul fondo servente e sulla servitù che ne è stata distaccata, lo che non sarebbe in modo alcuno ammissibile.

A ciò è da aggiungere che la stessa facoltà di alienare, lasciata dalla legge al proprietario dell'immobile ipotecato, presuppone nel terzo acquirente la facoltà di liberare dalla ipoteca ciò che ha formato oggetto del suo acquisto, offrendone il prezzo ai creditori iscritti e dando ai medesimi agio di aumentarlo, e di provocare la vendita al pubblico incanto, ove non riscontrino il prezzo offerto corrispondente al valore reale della cosa alienata: ma la servitù, non essendo di per sè stessa suscettiva d'ipoteca,

nè potendo essere oggetto di separata espropriazione, non si presta all'applicazione delle forme speciali del giudizio di purgazione.

In pratica potrà accadere che il proprietario del fondo dominante e il creditore ipotecario si accordino per mantenere in vita la servitù; il primo potrà offrire al secondo un compenso corrispondente alla diminuzione di valore arrecata all'immobile ipotecato dalla costituzione della servitù; ma ciò rientra nelle convenzioni umane, non è del dominio della legge, nel silenzio della quale, solo la soluzione da noi proposta, e da tutti accettata, risponde al rigore dei principii giuridici (1).

529. Lo stesso è a dirsi dei diritti di uso e di abitazione, i quali, essendo strettamente personali, e non essendo perciò suscettivi di alienazione (art. 528 cod. civ.), non consentono espropriazione forzata per parte del creditore ipotecario, nè si prestano all'esercizio del diritto di purgazione per parte di chi se ne è reso acquirente. La purgazione non consiste soltanto nella offerta di un prezzo da distribuirsi ai creditori iscritti secondo il loro grado, ma ancora nella possibilità del rincaro per parte di questi ultimi, diretto ad ottenere l'esperimento dell'asta. Un diritto che non si può cedere non consente l'applicazione di sì fatto procedimento, ed è perciò giuocoforza ritenere che il creditore ipotecario, non ostante la costituzione di un diritto di questa natura, avrebbe facoltà di escutere l'immobile ipotecato a suo favore prima della costituzione, come se questa non avesse avuto luogo.

530. Se il proprietario dell' immobile ipotecato costituisce sopra di esso un diritto di usufrutto, o lo concede ad altri a titolo di enfiteusi, la soluzione contraria a quella precedentemente esposta per la costituzione di servitù prediali, o di diritti di uso e di abitazione, è imposta dalla natura diversa del diritto acquistato dal terzo; l' esercizio del diritto di usufrutto può essere trasfe-

---

(1) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XIX, n. 1.

rito per qualsivoglia titolo oneroso o gratuito (art. 492 cod. civ.); l'enfiteuta può disporre del fondo enfiteutico sia per atto tra vivi. sia per atto di ultima volontà (art. 1562 cod. civ.) non ostante qualunque patto in contrario (1557 cod. civ.); nell' uno e nell'altro caso si hanno dei diritti suscettivi d' ipoteca di per sè stante (articolo 1967 cod. civ. numeri 2 e 3) e perciò di essere espropriati separatamente dal fondo. Non vi è pertanto ragione di ritenere, nel silenzio della legge, che per il fatto di avere assoggettato ad ipoteca il suo fondo, il proprietario perda il diritto di costituire sul medesimo un diritto di usufrutto, o di concederlo ad enfiteusi; chi acquista l' uno o l' altro diritto viene a trovarsi nella condizione di terzo possessore, non già dell' immobile ipotecato, ma di un diritto frazionario del dominio di questo immobile, che può essere perseguitato dal creditore iscritto con la intimazione di rilasciare o pagare a norma dell' art. 2014 capov. cod. civ. con facoltà nell' acquirente di promuovere il giudizio di purgazione secondo gli art. 2040 e seg. dello stesso codice. Tanto il diritto di usufrutto quanto quello dell' enfiteuta hanno un proprio contenuto, ben separato e distinto dalla nuda proprietà e respettivamente dal diritto del concedente; hanno un valore proprio commerciabile; il proprietario dell' immobile ipotecato, costituendoli, non priva il creditore della facoltà di esercitare sopra di essi l'azione ipotecaria che gli compete; egli notificherà il precetto investendo l' immobile intero come si trovava al momento in cui l' ipoteca fu costituita; verificato poi che vi è un usufruttuario o un enfiteuta. il cui diritto è sorto dopo la iscrizione della ipoteca iscritta a suo favore, e per ciò colpito dalla medesima, estenderà all'uno o all'altro la espropriazione, con le forme speciali prescritte per l'esercizio dell' azione ipotecaria contro il terzo possessore. Se l' usufruttuario e l' enfiteuta si varranno dei mezzi accordati dalla legge per la liberazione del loro diritto, il creditore riscuoterà il prezzo offerto od aumentato, in pagamento parziale o totale del suo cre-

dito, proseguendo poi la espropriazione della nuda proprietà o del diritto del concedente per quella parte che rimanesse insoluta: se invece l'enfiteuta e l'usufruttuario non si varranno di quei mezzi, saranno costretti al rilascio del loro diritto e la espropriazione proseguirà sull'immobile intero come se l'usufrutto o il diritto di enfiteusi non fossero stati costituiti.

Tutto ciò è a parer nostro conforme al rigore dei principii; data la facoltà di disporre, della quale il proprietario non è privato in forza della ipoteca, non è da ammettere una soluzione diversa. Come il proprietario dell'immobile ipotecato può alienarne una parte materiale, senza che l'ipoteca iscritta sul medesimo formi ostacolo all'alienazione, può alienarne una parte intellettuale. Non vale obiettare che nello sdoppiamento dell'azione ipotecaria del creditore verso l'acquirente dell'usufrutto o del diritto di enfiteusi, e verso l'ipotecante rimasto padrone della nuda proprietà o del diretto dominio, vi è, o per lo meno vi può essere, la lesione del diritto del creditore: vi sarà un incomodo per la estensione della procedura esecutiva al terzo possessore, vi potrà in qualche caso essere un danno per la diminuzione di valore arrecata alla garantia; ma questi sono inconvenienti che non risolvono la questione. Anco nella vendita parziale dell'immobile ipotecato, e nel suo frazionamento in parti, alienate a compratori diversi, si ha l'incomodo della complicanza della procedura esecutiva, può aversi il danno della diminuzione di valore; ma ciò non ostante è universalmente ammesso che la vendita parziale e il frazionamento non possano essere impediti dall'esistenza della ipoteca. Non vi è ragione di decidere diversamente se è costituito un diritto di usufrutto o di enfiteusi sull'immobile ipotecato. Costituire l'uno o l'altro diritto è per il proprietario una conseguenza della facoltà di disporre che a lui appartiene, e non si possono introdurre distinzioni non consentite dalla legge.

S' invoca contro la soluzione dai noi propugnata la circostanza

che anche coloro che la professano convengono che ove il proprietario dell'immobile ipotecato costituisca sopra di esso un diritto di usufrutto, il creditore ha diritto di valersi dello speciale rimedio accordato dall' art. 1176 cod. civ. e di ravvisare in questo fatto la volontaria diminuzione della cautela data dal debitore: se la costituzione dell' usufrutto fosse l'esercizio legittimo di un diritto, si osserva, non sarebbe ammissibile la invocazione dell' articolo per il noto principio « *neminem laedit qui suo jure utitur* » (1). Ma anco prescindendo dall' osservare che l'applicazione della nota regola dell' art. 1176 è per lo meno dubbiosa nel caso della costituzione dell' usufrutto, nel quale non vi ha diminuzione della data garantia, ed è poi positivamente da escludere nella concessione enfiteutica, la quale, includendo l' obbligo di migliorare, aumenta, non diminuisce, la sicurezza del creditore, è ovvio il riflettere che altra cosa sono i rapporti fra creditore e debitore, altra, e ben diversa, i rapporti del primo di essi col terzo acquirente. L' alienazione delle piante d' alto fusto, o dei materiali di un edifizio, è indubbiamente una diminuzione della data cautela: vi è diritto, per essa, di invocare l' art. 1176 cod. civ., ma non vi è diritto di perseguitare i materiali nelle mani del terzo acquirente. Lo stesso sarebbe a dirsi nel caso presente, dato che fosse invocabile il citato articolo: sarebbe invocabile nei rapporti fra creditore e debitore, ma resterebbe valido l' acquisto fatto dal terzo. Non vale il dire che consultando i registri ipotecari il terzo avrebbe potuto conoscere che l' immobile era gravato dalla iscrizione: il terzo sapeva che la iscrizione non priva il proprietario della facoltà di disporre, e per conseguenza, eccettuato il caso di precetto trascritto, sapeva di poter contrattare intorno all' immobile ipotecato, salva l'azione ipotecaria del creditore.

Si cita in contrario l' art. 1222 cod. civ. (2); ma la cita-

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XIX, n. 5.

(2) Melucci, *op.* e *loc. cit.*

zione è fuori di luogo. Questo testo di legge dispone essere in facoltà del creditore di domandare che sia distrutto ciò che si è fatto in contravvenzione dell' obbligazione di non fare e di farsi autorizzare a distruggerlo a spese del debitore, salvo il risarcimento dei danni; ma con l' ipotecare il proprio immobile il debitore non assume l' obbligo di non costituire su di esso diritti reali a favore altrui; la questione non sta quì; sta nel decidere se questi diritti sono efficaci contro il creditore ipotecario o no; e la risposta affermativa, trattandosi dell' enfiteusi, non ci sembra menomamente dubbiosa per le ragioni superiormente esposte.

531. La situazione del creditore ipotecario di fronte a colui che avesse ottenuto in anticresi l' immobile ipotecato è nettamente delineata dall' art. 1897 cod. civ., il quale, risolvendo una controversia molto dibattuta in Francia nel silenzio di quel codice, espressamente dispone che l' enfiteusi non produce effetto che nei rapporti fra debitore e creditore e i loro eredi (1). Qui non è da distinguere tra diritto acquistato prima che l' ipoteca sia stata iscritta e diritto acquistato posteriormente. Il contratto di anticresi attribuisce al creditore un semplice diritto personale ai frutti dell' immobile che ne è oggetto, diritto che rimane paralizzato dalla trascrizione del precetto immobiliare. Posta in movimento con l'adempimento di questa formalità l' azione ipotecaria, il creditore anticresista perde il diritto di appropriarsi i frutti dell' immobile, che devono essere distribuiti, unitamente al prezzo, nel giudizio di graduazione. È anzi a notare che il diritto del creditore che si è accontentato dell'anticresi, la quale è piuttosto un modo temporaneo di liberazione del debitore che una garantia della sua obbligazione, non rimane paralizzato soltanto dall' esercizio dell'azione ipotecaria, ma bensì dall' azione esecutiva di qualsiasi creditore.

---

(1) Cons. su ciò Mirabelli, *Diritto dei terzi*, I, pag. 561 e seg. e in quest'opera Vol. unico della Parte XII, pag. 371 e seg.

Se un semplice creditore chirografario munito di un titolo esecutivo, o di una cambiale protestata che riveste questo carattere, trasmette il precetto immobiliare e lo trascrive, i frutti degl'immobili colpiti dalla esecuzione cadono sotto sequestro ed appartengono alla massa dei creditori; il sequestro e l'attribuzione alla massa sono incompatibili col diritto del creditore che ha stipulato il contratto di anticresi e prevalgono sopra di esso pel non dubbio disposto del citato art. 1897 cod. civ.

Occorre appena avvertire che il creditore che ha la materiale detenzione dell'immobile in virtù del contratto di cui si tratta, non è un terzo possessore, contro il quale sia necessario estendere l'azione esecutiva promossa contro il debitore. La esecuzione è promossa e proseguita in confronto di quest'ultimo e l'aggiudicatario può farsi consegnare l'immobile che fosse sempre nella detenzione del creditore in virtù della sentenza di aggiudicazione, facendosi rendere conto dei frutti percetti dalla data della trascrizione in poi. D'ordinario però non si arriverà fino all'aggiudicazione senza provvedere a far rientrare l'immobile nel patrimonio del debitore escusso; il creditore istante avrà interesse e diritto di reclamare la consegna al sequestratario giudiziale, a scanso di contestazioni e di responsabilità.

532. Anche la locazione attribuisce al conduttore un semplice diritto personale di godimento, non un diritto reale; malgrado ciò la legge prescrive che le locazioni resultanti da atto pubblico o da atto privato avente data certa anteriore alla notificazione del precetto siano efficaci contro l'aggiudicatario al pubblico incanto (art. 687 cod. proc. civ.) in applicazione dell'analogo principio contenuto nell'art. 1597 cod. civ. per le vendite volontarie.

Non è questa la sede opportuna per illustrare le disposizioni di legge che si riferiscono a sì fatto argomento; il semplice richiamo di esse basta per desumerne che la ipoteca non toglie al

proprietario dell' immobile ipotecato il diritto di affittarlo e di riscuotere il prezzo della locazione. L' affitto, ecceda o non ecceda i limiti della semplice amministrazione (art. 1592 cod. civ.), è sempre permesso; soltanto per quello ultranovennale è richiesta la scrittura a pena di nullità (art. 1314, n. 4 cod. civ.) ed è richiesta pure, per la sua efficacia di fronte ai terzi, la formalità della trascrizione (art. 1932, n. 5 cod. civ.).

SEZIONE II

ORDINE DELLE IPOTECHE NEI RAPPORTI DI PIÙ CREDITORI FRA LORO.

SOMMARIO

533. Disposizioni della legge in proposito. Divisione della materia.

533. Completando il concetto fondamentale in cui sta l' essenza della ipoteca, già espresso dal legislatore negli art. 1965 e 1981 cod. civ., l'art. 2007 dello stesso codice dichiara che l'ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione, e l'art. 2008 aggiunge che il grado è determinato dal numero d'ordine delle iscrizioni.

Il primo di questi articoli contempla inoltre il caso che lo sborso del danaro si effettui posteriormente, disponendo che l'ipoteca produca effetto e prenda grado egualmente dal momento della iscrizione: il secondo poi prevede la eventualità della contemporanea presentazione delle note d' iscrizione della ipoteca contro la stessa persona e sugli stessi immobili, dichiarando che le medesime sono iscritte sotto lo stesso numero, facendone menzione sulla ricevuta spedita dal conservatore a ciascuno dei richiedenti.

Finalmente l'art. 2009, traendo dalla presentazione contemporanea delle note e dalla iscrizione presa sotto lo stesso numero, la logica conseguenza di questi fatti, dichiara che « le ipoteche iscritte allo stesso numero e sugli stessi immobili, concorrono fra loro senza distinzione di grado ».

Per procedere con ordine e con chiarezza in una materia che è fondamento di tutto quanto il sistema ipotecario, reputiamo opportuno trattare separatamente:

A. Del grado ipotecario;

B. Della collocazione dei crediti, che ne è la conseguenza;

C. Del caso speciale d'iscrizione presa per crediti futuri.

A.

Del grado ipotecario.

SOMMARIO

534. Dichiarando che la ipoteca produce effetto e prende grado, non dal giorno, ma dal momento della sua iscrizione (art. 2007 cod. civ.), il legislatore italiano ha condotto il principio regolatore della prelazione ipotecaria (*prior in tempore, potior in jure*) alla sua massima perfezione.

Il codice francese dispone all'art. 2147 che « tutti i creditori iscritti nello stesso giorno hanno fra di essi una ipoteca « dell'istessa data, senza distinzione fra l'iscrizione fatta nel mattino e quella fatta nella sera, quantunque queste differenze fossero state indicate dal conservatore »; similmente disponevano i codici e le leggi ipotecarie vigenti nei vari stati d'Italia avanti il 1° gennaio 1866 (1); ma non senza inconvenienti, perchè un

(1) Leggi civ. napoletane, art. 2041; Cod. parmense, art. 2215; Cod. estense, art. 2218; Cod. albertino, art. 2236; Regolam. pontificio, art. 172; Legge toscana, art. 167. Lo stesso, secondo il CARABELLI (*op. cit.*, II, § XLVII, n. 12),

creditore il quale aveva iscritto la sua ipoteca al mattino, all'apertura dell'ufficio, e anco alla metà del giorno, non poteva starsene tranquillo fino a che l'ufficio non veniva chiuso, avendo sempre da temere la sopravvenienza di altre iscrizioni prese nello stesso giorno, che distruggessero, o rendessero quasi illusoria, la ottenuta garentia.

In difesa del sistema seguìto dai codici anteriori si diceva che il sistema stesso serviva ad evitare una precipitosa concorrenza fra più creditori, la cui sorte sarebbe stata in balìa del caso o di un arbitrio del conservatore il quale, ricevendo le note, turbasse l'ordine della presentazione (1); si diceva ancora che potrebbe esservi incertezza quanto al sapere quale fra più richiedenti si è presentato per primo, ben potendo il conservatore ingannarsi su ciò, o favorire colui che si è presentato per ultimo in detrimento dell'altro (2); ma si rispondeva che il registro generale d'ordine è fatto apposta per determinare la successione cronologica delle iscrizioni, e che, sorgendo contestazioni o difficoltà, vi erano i tribunali per eliminarle, mentre era un modo veramente strano di risolverle l'offendere il diritto del creditore il quale, presentandosi per primo, aveva diritto di essere preferito agli altri (3).

---

si argomentava nelle provincie lombardo-venete dagli art. 440 e 470 del Cod. civ. gen. austriaco in relazione agli art. 116-119 del Regolamento giudiziario, per quanto nella legislazione austriaca, dove era in vigore il sistema tavolare, il diritto di prelazione nascesse *dal momento* della presentazione della istanza per la iscrizione. Lo stesso scrittore a tale proposito osserva che « tra il sistema tavolare e il francese vi ha una grande differenza per la maggiore regolarità e la più forte costituzione organica del sistema germanico ». Nello stesso difetto incorre anche la legge ipotecaria belga riproducendo nell'art. 81 l'art. 2147 cod. francese. Cons. su ciò LAURENT, *op. cit.*, XXX, 550.

(1) CARABELLI, *op.* e *loc. cit.*

(2) MARTOU, *op. cit.*, III, 1032; PONT, *op. cit.*, II, 734.

(3) LAURENT, *op.* e *loc. cit.*

Il legislatore italiano fece suo prò di questi insegnamenti, sebbene non mancasse, anco in seno della commissione coordinatrice, chi propugnava il sistema dei codici anteriori (1). Il regi-

(1) *Processi verbali*, XLII, n. 10: « Si passa in seguito all' esame di un'al-« tra quistione cui dà luogo lo stesso art. 2033 (2008 del cod.). Il deputato « PANATTONI nella camera elettiva riprovava la innovazione dei vigenti sistemi « ipotecari, in esso articolo introdotta, coll'ammettere che tra le iscrizioni ipo-« tecarie registrate nello stesso giorno, abbia precedenza quella che ha l'ante-« riorità del numero di registro. Egli osservava che il numero di anteriorità « delle ipoteche registrate nello stesso giorno può essere di semplice favore. Il « villanello il quale pur giunse il primo nell' anticamera, sarà preceduto dal « signore nell'ingresso, e rischierà di diventargli posteriore nella ipoteca. Uno « dei commissari (BARTALINI) sorge ad impugnare anch'egli il sistema adottato « nell'art. 2033. Trova preferibile il sistema secondo cui le ipoteche iscritte in « uno stesso giorno, concorrono egualmente tra esse, senza distinzione dell'ora « nella quale saranno seguite le iscrizioni. Col sistema del progetto l' essere o « non iscritto in grado utile può dipendere dall' arbitrio del conservatore, può « dipendere da mere eventualità, come dall' essere il creditore più vicino al-« l'ufficio delle ipoteche o dal trovarsene più lontano, dall'aver esso più facili « o meno i mezzi di comunicazione. Vero è che l' art. 2033 stabilisce, che se « più persone presentano contemporaneamente la nota per ottenere iscrizione « contro la stessa persona e sugli stessi immobili, le medesime sono iscritte « sotto lo stesso numero; ma che s'intende quando si dice *contemporaneamente?* « Vuolsi qui accennare al caso che più persone si trovino al tempo stesso nel-« l'ufficio del conservatore, o al caso in cui più persone gli porgono nel mo-« mento medesimo la nota per ottenere l' iscrizione? E se il conservatore non « iscriverà sotto lo stesso numero tutte le persone che gli abbiano presentato « contemporaneamente la nota per l'iscrizione, come potrà la persona posposta « provare che ha presentato la sua nota contemporaneamente a colui che gli « fu anteposto? Il sistema del progetto è propugnato da uno dei commissari « (PRECERUTTI). Egli osserva che i temuti inconvenienti non possono aver luogo « senza gravi abusi da parte del conservatore, e questi abusi certo non saranno « frequenti, sia perchè vi è impegnata la responsabilità di lui, sia inoltre per-« chè quegli che si presenta per iscrivere un'ipoteca vede coi suoi occhi quando « il conservatore ne nota la iscrizione nel registro d'ordine progressivo. Il caso « poi che più persone si presentino contemporaneamente succederà ben di rado: « e la legge vi provvede in modo conveniente disponendo che esse vengano

stro generale d'ordine, dove il conservatore annota, al momento della consegna, ogni domanda di operazione che gli viene presentata, rilasciandone ricevuta conforme è disposto nell'art. 2071 cod. civ. (sopra n. 327), rende impossibili le frodi e gli arbitrii del conservatore. Staccata la bolletta del registro d'ordine portante un determinato numero progressivo, è assicurata l'anteriorità del grado alla iscrizione che vi si riferisce; un altro creditore che

« iscritte sotto lo stesso numero. Il sistema preferito dal preopinante, oltre al « produrre anch'esso serii inconvenienti, è pure ingiusto. Ha degli inconve- « nienti, perchè chi iscrisse un giorno, non può mai essere tranquillo, finchè « l'ufficio delle ipoteche sta aperto, che altri non sia collocato allo stesso suo « grado: è ingiusto, dappoichè quello che fu più diligente ha diritto di avere « il premio della sua diligenza. Un altro commissario (MANCINI) propone, a « titolo di conciliazione, di stabilire, che si terrà conto dell'ora quando ne « risulti da un atto autentico. Il creditore si presenterà all'ufficio del conser- « vatore con un notaio e due testimoni. Il notaio farà constare se quel giorno « già si erano, o non si erano ancora presentate altre domande d'iscrizione; « poi dichiarerà a che ora siasi presentata la nota di colui dal quale fu ri- « chiesto. Potranno invocare il beneficio dell'ora coloro che avranno fatto con- « stare di essa con questa misura più solenne di precauzione; gli altri creditori « iscritti nello stesso giorno avranno tutti il medesimo numero. Con tale siste- « ma ci ripariamo contro l'arbitrio dei conservatori, evitiamo le frodi e insieme « rispettiamo il diritto alla priorità del creditore più diligente. Altri (PISANELLI) « trova ingegnoso il concetto di questa proposta, ma non la crede attuabile in « pratica. Accolto simile sistema, tutti i creditori si presenteranno col notaio; « e non pare conveniente porre il conservatore accanto sempre ad un altro « pubblico ufficiale, e collocato in mezzo al conflitto delle parti e dei notai. Si « adotti, egli soggiunge o l'un sistema o l'altro, ma netto e reciso. L'oratore « dà poi la preferenza al sistema del progetto in esame, perchè lo reputa più « giusto. La frode e l'arbitrio nel conservatore, ufficiale pubblico, non si pos- « sono presumere; e del resto il regolamento deve provvedere ad impedirli. Si « mette ai voti la conservazione dell'art. 2033 del progetto quale sta. Essa è « approvata con 7 suffragi favorevoli contro 3 contrari. Ciò rende inutile la « votazione della proposta conciliativa dei due sistemi ».

si presenta per iscrivere ipoteca contro lo stesso debitore e sugli stessi beni, non può avere che una bolletta con un numero progressivo più elevato e non può per conseguenza aspirare alla eguaglianza del grado.

535. Resta il caso della contemporanea presentazione delle note per ottenere la iscrizione; e la legge provvidamente lo risolve disponendo che quando più iscrizioni sono contemporaneamente richieste contro la stessa persona e sopra gli stessi beni, prendono lo stesso numero concorrendo fra loro senza distinzione di grado. Invece di aversi due iscrizioni riportate sul registro delle formalità ipotecarie, si supponga, al vol. 100, numeri 29 e 30, si avranno due iscrizioni portanti ambedue il numero 29; l'una designata per 29 A, o per 29, 1°; l'altra per 29 B, o per 29, 2°; senza però che il segno aggiunto, e la materiale inevitabile posposizione sul registro, pregiudichi il diritto di concorrenza accordato alle due iscrizioni contemporaneamente richieste. Della iscrizione sotto lo stesso numero deve essere fatta menzione nella ricevuta rilasciata ai richiedenti dal conservatore, affinchè non sorgano poi contestazioni di difficile e quasi impossibile risoluzione.

La presentazione contemporanea può aver luogo per volontario accordo di più creditori, i quali, ad evitare ingiuste preferenze fra l'uno e l'altro, convengano di procurarsi una ipoteca di grado eguale; ma può essere anco l'effetto del caso, quando due richiedenti giungano nello stesso momento allo sportello del conservatore e nello stesso momento presentino la richiesta. Se uno si trova già allo sportello e l'altro giunge dopo, ma avanti che il primo arrivato abbia esibito le sue note, e pagato la sua tassa, per essere il conservatore, o il suo commesso, intento a servire altro richiedente, la questione intorno alla precedenza o alla concorrenza dei due richiedenti, diviene una pura controversia di fatto che il conservatore è chiamato a risolvere con la de-

bita prudenza tenendo conto delle circostanze particolari e delle testimonianze dei presenti.

Le questioni che a questo proposito possono verificarsi hanno del resto importanza nel solo caso in cui il valore dei beni ipotecati non sia sufficiente all' integrale pagamento dei crediti iscritti sotto lo stesso numero e concorrenti nello stesso grado: se infatti è certo che questi crediti verranno pagati integralmente, la questione dell'anteriorità del grado sarebbe oziosa e mancherebbe l' interesse a proporla. Ma poichè essa non si potrebbe attendere a giudicarne nel giudizio di graduazione, quando si conosce il valore effettivamente ricavato dai beni e l' ammontare del prezzo distribuibile, perchè in quel giudizio i gradi devono essere attribuiti secondo le resultanze degli stati ipotecarii, chi credesse di avere presentato prima le sue note, e di aver diritto a un grado anteriore, anzi che eguale a quello di altro richiedente, non dovrebbe tardare a impugnare in contradittorio della parte interessata l' operato del conservatore, provando con tutti i mezzi, non esclusa la prova testimoniale, che la presentazione delle note non fu contemporanea. Diciamo con tutti i mezzi, non esclusa la prova testimoniale, perchè per quanto possa dirsi che si tratta di provare contro l' atto scritto, cioè contro il registro generale d'ordine, la regola dell' art. 1341 cod. civ. non sarebbe invocabile, mentre ricorrerebbe la eccezione scritta nell' art. 1348 dello stesso codice; nè d'altronde occorrerebbe la querela di falso, per quanto il conservatore rivesta la qualità di ufficiale pubblico, perchè non s' impugnerebbe il suo operato, come sciente contradizione del vero, ma si tenderebbe a correggere un involontario errore e uno sbagliato apprezzamento delle circostanze di fatto che hanno accompagnato la presentazione (1).

---

(1) La soluzione da noi data al caso formulato nel testo è contradetta da una sentenza della corte d' appello di Napoli del 4 agosto 1893 (*Gazz. proc.*,

Il concorso di cui all'art. 2009 cod. civ., che richiede identità di persona del debitore e identità di beni ipotecati (1), da luogo ad un pagamento per contributo, come se si trattasse di più crediti chirografari, quanto il prezzo non è sufficiente per fare ottenere ai creditori iscritti sotto lo stesso grado tutto quello che loro è dovuto in capitale od accessori.

536. Prescidendo dal caso affatto eccezionale che due ipoteche contro lo stesso debitore e sopra gli stessi beni siano richieste nello stesso momento, la regola che il numero d'ordine delle iscrizioni ne determina il grado è universale e si applica indistintamente a tutte le ipoteche, legali, giudiziali e convenzionali.

Fu già notato parlando delle ipoteche legali che i diversi progetti del codice vigente non avevano abbandonato completamente il sistema di rendere retroattive al giorno dell'avvenimento dal quale avevano origine certe ipoteche legali iscritte entro un dato termine. L'art. 2032 del progetto definitivo (art. 2008 del codice) pur contenendo nel principio la regola che l'ipoteca produce effetto e prende grado dal giorno della sua iscrizione, arrecava alla regola stessa due sostanziali limitazioni, disponendo in due capoversi

---

XXVI, 185) la quale, giudicando il caso inverso, ebbe a decidere non essere ammessibile la prova testimoniale per dimostrare la contemporanea presentazione di due note d'iscrizione al fine di rendere applicabile la seconda parte dell'art. 2008. Le due soluzioni però possono coesistere; mentre infatti chi ha avuto la ricevuta con la menzione di cui all'art. 2008 può insorgere e provare che la sua nota era stata presentata prima dell'altra che si vuol porre nello stesso grado, sembra anche a noi che chi ha avuto un numero d'ordine suo proprio non può essere ammesso a provare che la sua domanda fu contemporanea, non successiva, a quella di chi è in possesso di una ricevuta portante un numero d'ordine antecedente. La esistenza di numeri intermedii e la mancanza di contestazioni al momento in cui la ricevuta venne rilasciata renderebbero inammissibile in questo caso la prova testimoniale.

(1) Roma, 20 novembre 1885, *Temi rom.*, IV, 691.

quanto segue: « Però l'ipoteca legale stabilita a favore dell'alienante « e del condividente nei numeri 1 e 2 dell' art. 1995 (1969 del « codice) quando sia iscritta entro i venti giorni dalla data del- « l'atto di alienazione o di divisione ne conserverà i diritti con « prelazione ai creditori e aventi causa dal compratore o dall'altro « condividente. L'ipoteca legale stabilita in favore della moglie « dal numero 1 dell'art. 1995, quando sia stata iscritta nel ter- « mine stabilito nell'art. 2008, prende grado dal giorno della sua « origine, anche con prelazione ai creditori e aventi causa dal « marito che avessero iscritto o trascritto nello stesso giorno, « salva la disposizione del precedente capoverso ».

Era una grave offesa al principio della pubblicità e su proposta del ministro guardasigilli la commissione di coordinamento deliberò l'abolizione della efficacia retroattiva di queste ipoteche, adottando però, quanto all'ipoteca dell'alienante, il temperamento contenuto nel capoverso dell'art. 2045, di cui fu largamente parlato in altre parti del presente trattato (1)

---

(1) Vol. I, n. 32, 81 seg. Non è inutile riportare in nota la importante discussione cui dette luogo nella seduta antimeridiana del 20 maggio 1865 l'abolizione dei due capoversi sopra riportati: *Processi verbali*, XLII, n. 8: « In « ordine all'art. 2032 (art. 2007 del codice) il Ministro guardasigilli faceva il « quesito, se disponendosi che l' ipoteca legale della moglie prende grado dal « giorno della sua origine, ove essa ipoteca sia stata iscritta nei venti giorni « successivi, non si rechi una troppo grave ferita al principio della pubblicità, « e quindi una grave scossa al credito fondiario. Lo stesso quesito era stato « già proposto dalla commissione della Camera dei deputati, incaricata di rife- « rire intorno al progetto di legge per la unificazione legislativa del regno. E « nella Camera elettiva, quando si discuteva questa legge, il deputato Crispi « osservava, che se l' ipoteca della moglie, ove sia iscritta nei venti giorni, « acquista la sua forza dal giorno del contratto, restando così per venti giorni « occulta, e il fondo intanto apparendo libero, s' insidia al credito. Uno dei « commissari (Precerutti) propone che si sopprima non pure questo capoverso « secondo, ma eziandio il capoverso precedente. Si vota sulla soppressione del

537. Parlando di numero d'ordine delle iscrizioni il legislatore intende riferirsi al numero del registro particolare ove le

---

« capoverso secondo. Essa è accolta all'unanimità. Quanto al capoverso primo, « taluno (Bartalini) ne propugna la conservazione. Se è all'interesse dei terzi « che vuolsi provvedere sopprimendo questo capoverso, qual mai havvi biso« gno per ciò di privare l'alienante e il condividente del beneficio loro accor« dato in esso capoverso? Ognuno, prima di aprire un credito ad altri, si cura « di esaminare la provenienza dei beni sui quali gli si concederebbe ipoteca; e « se vedrà che questi beni provengono da acquisto o da divisione recenti, « aspetterà a consentire il credito quando siano trascorsi venti giorni dalla data « dell' atto di alienazione o di divisione. Imputi egli a sè medesimo, se per « essere stato improvvido, si troverà posposto nella ipoteca all' alienante o al « condividente, i quali, d'altro canto, non debbono essere posti nella dura con« dizione di dovere incontanente pensare a prendere iscrizione (ciò che forse « loro qualche volta tornerebbe impossibile) se non vogliono vedere prendersi « il passo da terzi. Altri invece (Mancini) pensa che il capoverso primo del« l'art. 2032 vada pur cancellato. Esso contiene una deroga non giustificabile « al principio della pubblicità in materia ipotecaria al quale si informa il pro« getto: fa rinascere, sotto altra forma, il privilegio del venditore e del con« dividente che nel nuovo codice è saviamente abolito. Si è detto non giusti« ficabile perchè, essendosi stabilito che basti la presentazione di un semplice « certificato della sussistenza del titolo per operare la iscrizione, il venditore « e il condividente potranno sempre, se vogliano, provvedere con tutta solle« citudine ad iscrivere la loro ipoteca. E, d'altra parte con la disposizione in « esame, chi assicurerà i terzi che colui col quale contrattano non abbia ven« duto ieri il fondo su cui oggi offre ipoteca? Un altro commissario (Bonacci) « aggiunge nello stesso senso che ogni pericolo per l' alienante e pel condivi« dente svanisce col sistema della trascrizione; massime poi se si accolgano « nel nuovo codice, come egli propone, disposizioni simili a quelle che s' in« contrano nel regolamento legislativo per gli Stati pontifici, nel quale, dopo « di essersi detto che la trascrizione fatta dall'acquirente nella forma prescritta « dalla legge conserva il privilegio da essa stabilito (art. 96), si aggiunge che « il conservatore delle ipoteche nel trascrivere l'atto di alienazione dovrà iscri« vere per ufficio la ipoteca in favore dell' alienante pel titolo o pel residuo « del prezzo, e per gli obblighi e pesi assunti dall'acquirente, ed in favore di « chiunque abbia sborsato danaro pel pagamento del prezzo convenuto, se non

iscrizioni ipotecarie vengono riportate di seguito l'una all'altra a misura e secondo l'ordine di presentazione delle relative note.

Per eccezione occorrerà ricorrere al registro generale d'ordine quando si tratti di giudicare del grado respettivo fra una ipoteca iscritta sul registro ordinario ed altra iscritta nello stesso giorno sul registro delle iscrizioni esenti da rinnovazione (sopra n. 331).

Un conflitto del resto, e una contradizione fra il registro particolare e il generale non è escogitabile, perchè le iscrizioni devono dal conservatore essere riportate nel primo nello stesso ordine cronologico nel quale resultano essere state richieste nel secondo.

Se però vi fosse discordanza, e un creditore che resultasse secondo iscritto nel registro particolare fosse in grado di dimostrare che stando al registro generale d'ordine la sua domanda resulta presentata anteriormente a quella della iscrizione che gli è stata anteposta, il registro generale dovrebbe avere la prevalenza. La parte richiedente che ha nella ricevuta consegnatagli dal conservatore, contenente la indicazione del numero d'ordine, la prova della sua precedenza, non può non essere ammesso a farla valere. In questo senso fu deciso che il grado di una ipoteca prende norma soltanto dal numero della casella del registro generale d'ordine, senza che si debba aver riguardo al numero dell'articolo del così detto registro di formalità (1).

« venga presentato ad esso conservatore un altro atto pubblico da cui risulti « che fu pagato il prezzo e che gli obblighi e pesi furono adempiuti (art. 188), « e si aggiunge ancora che l' alienazione non produce effetto, quanto ai terzi, « fintantochè l' atto pubblico o privato non è trascritto nei registri ipotecari « (art. 189). Si vota su quest' ultima proposta; essa viene accettata, e resta « così soppresso anche il primo capoverso dell'art. 2032 e viene incaricato uno « dei segretari (VACCARONE) di coordinare le relative disposizioni in base al « nuovo sistema adottato dalla commissione ».

(1) Genova, 17 febbraio 1888, *Eco di giurispr.*, X, I, 102.

Ciò non vuol dire che questo registro non abbia alcun valore: è anzi quello che viene ordinariamente preso a guida nel compilare gli stati di graduazione; ma sorgendo controversia, ed essendovi discordanza, è il registro generale d'ordine quello che elimina ogni difficoltà (1).

538.* Il diritto alla separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, concesso ai creditori e legatari della eredità (art. 1032, 2054 cod. civ.) all'oggetto di ottenere soddisfacimento sui beni ereditarii a preferenza dei creditori dell'erede (art. 2055 cod. civ.) assume riguardo agl'immobili la forma stessa della iscrizione ipotecaria (art. 2060, 2061, cod. civ.). Esercitato nel termine perentorio di tre mesi (art. 2057 cod. civ.), questo diritto prende vita dal giorno stesso dell'apertura della successione, rendendo inefficaci rispetto ai creditori e legatari che hanno ottemperato al disposto di legge le ipoteche iscritte sugli immobili della eredità a favore dei creditori dell'erede e le alienazioni anche trascritte degli immobili stessi (art. 2062 cod. civ.). Si ha in questo caso una iscrizione la quale, presa entro un certo termine, retroagisce come avrebbero retroagito le ipoteche legali iscritte entro un termine più breve se non fosse stata la importante riforma votata dalla commissione di coordinamento, secondo fu riferito superiormente: potrà dirsi per questo che il sistema adottato dal legislatore insidia al credito, che arreca una grave ferita al principio della pubblicità, che lascia sopravvivere la ipoteca occulta, non ostante la proclamazione del principio della pubblicità, così solennemente affermato negli art. 1965, 1981, 2007 cod. civ.?

---

(1) Anco nel caso di iscrizioni ipotecarie e trascrizioni aventi per oggetto lo stesso immobile e richieste nello stesso giorno. Cons. su ciò MIRABELLI, *Delle ipoteche*, pag. 108. V. ancora in questo trattato, sopra n. 327, dove è fatto rinvio ai principii del diritto comune quando la trascrizione e la iscrizione di diritti non concorrenti ma incompatibili non possono essere regolate colla norma consueta « *prior in tempore potior in jure* ».

La risposta negativa a tale quesito è la sola che concordi col rigore dei principii. La separazione dei patrimoni ha le forme esteriori della iscrizione ipotecaria, ma non è una ipoteca.

Dimostrammo già nel trattato dei privilegi che questo speciale istituto non costituisce nemmeno una causa di prelazione, mentre il suo scopo è di mantenere inalterato, non ostante la morte del *de cujus*, il pegno generico che spetta ai suoi creditori e ai suoi legatari sui beni della eredità (1). Qui ci limitiamo a ricordare il disposto dell' art. 2063 cod. civ.: « La separazione dei « patrimoni non giova che a coloro che l' hanno domandata e « non altera fra di essi, riguardo ai beni del defunto, la origi- « naria condizione giuridica dei titoli rispettivi e i loro diritti di « poziorità ».

Certamente chi vuole contrattare con piena sicurezza con una persona intorno a beni immobili a lui pervenuti per via di successione (2), acquistando i beni stessi o un diritto reale sopra i medesimi, deve essere cauto di attendere che il termine perentorio di tre mesi sia interamente decorso per essere certo che la separazione dei patrimoni non è domandata, o almeno non è domandata per cifre talmente importanti da rendere frustraneo l'esercizio dei suoi diritti. Ma con ciò non può dirsi alterato il principio della pubblicità: tre mesi passano presto: e d'altronde l'erede deve pur pagare la tassa di successione, per la quale ha sei mesi di tempo, e voltare poi in proprio nome sui libri censuari i beni della eredità. La trasmissione ereditaria dei beni immobili è fatto troppo importante perchè una momentanea so-

(1) V. il nostro trattato *Dei privilegi*, n. 41 e seg.

(2) Quanto ai mobili in conformità del principio generale dell'art. 707 cod. civ. il legislatore dichiara che la separazione, la quale si esercita col farne la domanda giudiziale (art. 2059 cod. civ.), non ha effetto, per quelli alienati, che sul prezzo non ancora pagato dal compratore (art. 2061 cod. civile).

spensione delle contrattazioni intorno agli immobili stessi, quando essa si verifica, sia da considerare come un' insidia al credito e come una grave ferita al sistema della pubblicità (1).

B.

Collocazione dei crediti.

SOMMARIO

539. Richiamo dei principii che governano il giudizio di graduazione — 540. Oggetto di distribuzione in questo giudizio è il prezzo dei beni immobili e dei loro accessorii — 541. Frutti pendenti al momento dell'aggiudicazione e frutti pendenti posteriormente alla trascrizione del precetto — 542. Interessi legali dovuti dall' aggiudicatario — 543. Regole generali sulla collocazione dei crediti — 544. Enumerazione dei diversi casi contemplati dalla legge — 545. Crediti scaduti e crediti da scadere — 546. Caso nel quale il credito da scadere non produce interessi — 547. Rendite perpetue. Loro riscatto coattivo — 548. Eccezioni alla regola del riscatto — 549. Modo di operare il riscatto coattivo — 550. Cenno delle questioni transitorie in proposito — 551. Norme speciali per la collocazione delle rendite vitalizie — 552. Applicazioni pratiche — 553. Crediti eventuali e condizionali — 554. Collocazione dell'usufruttuario di un capitale — 555. Cessionari e creditori surrogati. Pegno del credito — 556. Subcollocazioni — 557. Questioni da risolvere nel giudizio di graduazione.

539. Il grado nascente dalla iscrizione dà al creditore diritto di essere collocato con la prelazione che a lui spetta nel giu-

(1) Le premesse osservazioni contrastano, a parer nostro, con quello che afferma il sapiente MIRABELLI (*Delle ipoteche*, pag. 109) che cioè la separazione dei patrimoni è un *vincolo ipotecario* costituente eccezione al principio che la ipoteca prende grado dal numero d'ordine della sua iscrizione. A ciò si risponde che la eccezione non sussiste, perchè il diritto alla separazione si esercita con la forma della iscrizione ipotecaria, ma non è diritto d'ipoteca. Sola eccezione, dopo abolita la pericolosa ed ingiusta retroattività delle ipoteche legali, è quella scritta, quanto all'ipoteca legale dell' alienante, nel capov. dell' art. 1942. Ma giova riflettere che nuocendo essa soltanto agli aventi causa da un acquirente che non ha trascritto il suo titolo, l'economia generale del sistema, tutto fondato sulla pubblicità, non ne rimane alterata nelle sue parti sostanziali.

dizio di graduazione che tiene dietro alla spropriazione forzata dei beni ipotecati. Il codice di procedura civile ordinando al creditore istante di notificare a tutti i creditori iscritti il bando di vendita coatta, trenta giorni prima di quello fissato per l' incanto (art. 668), e ai creditori iscritti di depositare nei trenta giorni dalla notificazione del bando le loro domande di collocazione motivate coi documenti giustificativi nella cancelleria del tribunale avanti al quale la vendita ha luogo (art. 709), ordinando al cancelliere dello stesso tribunale di consegnare al giudice delegato per la graduazione le domande di collocazione depositate in cancelleria col certificato delle ipoteche iscritte sugli immobili venduti (art. 710) e al giudice delegato di formare nel termine di giorni quaranta dalla consegna fattagli lo stato di graduazione (art. 711), rende possibile la collocazione dei creditori ipotecari secondo il grado spettante a ciascuno, e la discussione in contraddittorio dei gradi accordati (art. 713) che vengono resi definitivi con il passaggio in cosa giudicata della sentenza di omologazione che approva o riforma lo stato di graduazione (art. 716).

È in questo giudizio specialissimo che i diversi creditori, i quali, sebbene abbiano causa dallo stesso debitore, sono terzi gli uni rispetto agli altri (1), possono contestare il grado assegnato a ciascuno e l' ammissibilità dei crediti rispettivi.

In questo senso fu deciso che tutti i creditori comparsi nel giudizio di graduazione hanno diritto d' impugnare la collocazione degli altri creditori (2), usando di un diritto proprio (3); che per

(1) Sopra n. 369. Alle decisioni ivi citate è da aggiungere questa, assai notevole, della cass. di Roma, 20 maggio 1889 (*Annali di giur. it.*, XXIII, I, 1, 497): « I creditori sono terzi, e non già aventi causa dal debitore, quando « impugnano la data apparente di un titolo di credito da esso rilasciato ad « altri che venga pel titolo medesimo a concorrere nella graduazione ».

(2) Napoli, 3 maggio 1874, *Gazz. proc.*, IX, 319; Cass. Torino, 2 settembre 1874, *Giur. it.*, XXVI, I, 725; Casale, 24 febbraio 1867, *Giur. it.*, XIX, II, 174.

(3) Cass. Torino, 9 aprile 1874, *Giur. it.*, XXVI, 465.

conseguenza ogni creditore, appunto perchè terzo rispetto all'altro (1), può opporre i vizi di cui sia infetto il titolo o la iscrizione di un creditore anteriore, ad onta di qualsiasi rinunzia emessa dal debitore (2). Fu deciso ancora che ogni creditore comparso nel giudizio di graduazione spiega un' *azione* in quanto domanda di essere collocato per il suo credito, spiega invece una *eccezione* in quanto si oppone alla collocazione dei creditori anteriori (3), assumendo l' onere della prova tanto dell' una quanto dell' altra (4).

È ovvio avvertire però che tanto l' azione quanto la eccezione sono nel loro esercizio subordinate all' esistenza di un interesse a proporle (art. 36 cod. proc. civ.): il creditore che è sicuro di ottenere intera collocazione del suo credito, e dei relativi accessori, come quello che è sicuro di non poterla ottenere, non ostante l' accoglienza della sua domanda o della sua eccezione, non sarebbe ammesso a contestare la collocazione degli altri creditori.

540. Oggetto di distribuzione nel giudizio di graduazione è non soltanto il prezzo di aggiudicazione degli immobili ipotecati, ma ancora quello dei loro accessori reputati immobili per destinazione (art. 1967 n. 1 cod. civ.) i quali, quando non siano stati valutati unitamente all' immobile, devono formare oggetto di se-

(1) Cass. Torino, 3 febbraio 1875, *Giur. tor.*, XII, 209.

(2) Cass. Torino, 16 luglio 1874, *Mon. trib. Mil.*, XV, 998.

(3) Bologna, 31 dicembre 1872, *Annali di giur. it.*, VII, II, 96; Casale, 27 agosto 1868, *Giur. it.*, XX, II, 759.

(4) Cass. Torino, 26 luglio 1872, *Mon. trib. Mil.*, XII, 1009. Giusta è in questo senso la decisione della Cass. di Roma, 25 aprile 1892 (*Corte supr.*, XVII, II, 410) nella quale fu dichiarato che nei giudizi di graduazione ognuno di coloro che vi prendono parte può essere ad un tempo attore e convenuto rispetto a tutti coloro coi quali possa trovarsi in collisione per la contrarietà dei diritti o degli interessi dell'uno coi diritti o cogli interessi di uno o più altri.

parata valutazione al momento in cui l'aggiudicatario definitivo è immesso in possesso del fondo di cui si è reso acquirente.

Nella categoria degli accessori che devono essere valutati separatamente, il cui valore va in aumento del debito all'aggiudicatario, e forma oggetto di distribuzione fra i creditori comparsi, entra tutto ciò che è dichiarato immobile per destinazione dagli art. 413, 414 cod. civ. e che è colpito dalla ipoteca secondo le norme esposte laddove fu parlato della ipoteca considerata nel suo oggetto (Vol. I, n. 285 seg.). I creditori possono a questo proposito proporre le loro domande contro l' aggiudicatario il quale cercasse di sottrarsi all'obbligo che gl'incombe di pagare il prezzo di questi accessori separatamente, ed è una mera questione di fatto il decidere, caso per caso, se il valore di essi è compreso o no nel prezzo di aggiudicazione. Quando la vendita coatta ha avuto luogo sull' offerta di un creditore, secondo dispone l' art. 663 del cod. di proc. civ., la stima separata degli accessori è una imprescindibile necessità, perchè il prezzo determinato in ragione del tributo diretto verso lo Stato non comprende che il puro valore fondiario della proprietà subastata; se poi si è proceduto in virtù di perizia, l'esame di questa servirà a conoscere se il perito ha valutato soltanto il fondo, o ancora le cose destinate al servizio, alla coltivazione e all'ornamento del medesimo, o all'esercizio in esso di una determinata industria.

541. Quanto ai frutti occorre distinguere: quelli pendenti al momento della consegna all'aggiudicatario definitivo, devono formare oggetto di valutazione ed essere da lui pagati in aumento del prezzo distribuibile; ignorandosi, quando si fa la perizia o la offerta del prezzo, il momento preciso in cui sarà per avvenire il passaggio della proprietà, non è possibile che si tenga conto preventivamente del loro valore: quelli che al momento dell'aggiudicazione sono separati dal fondo, richiedono una ulteriore distinzione: o sono estanti nelle mani del debitore escusso, che ne

è sequestratario per disposto di legge, o di altro sequestratario nominato in sua vece, e sono venduti perchè il loro prezzo sia depositato e distribuito nel giudizio di graduazione (art. 2085 cod. civ., art. 688 cod. proc. civ.); o sono alienati e convertiti in danaro, e i creditori ne risentiranno egualmente vantaggio nel rendimento dei conti che il sequestratario (sia esso il debitore o un terzo) è tenuto a presentare: essi concorreranno infatti a formare il resto di cassa della gestione del sequestratario, che si distribuisce unitamente al prezzo degl'immobili, o saranno stati erogati nel pagamento di passività privilegiate, come imposte o altre annualità passive, spese di perizia o di spropriazione, interessi di crediti utilmente iscritti, spese di conservazione e amministrazione, e diminuiranno di altrettanto le collocazioni anteriori, con manifesto utile dei creditori iscritti (1).

542. Oggetto di distribuzione nel giudizio di graduazione sono finalmente gl'interessi legali dovuti sul prezzo dall'aggiudicatario dal giorno della aggiudicazione dei beni a quello del pagamento: l'obbligo di pagare questi interessi, conseguenza del principio generale sancito dall'art. 1509 cod. civ. (2), attenua pel ceto cre-

(1) In pratica avviene che non si domanda mai rendimento di conti nel giudizio di graduazione quando come sequestratario è rimasto in possesso dei beni escussi lo stesso debitore espropriato. I frutti vengono in questi casi distratti dalla loro legale destinazione, imperocchè il debitore, dichiarato sequestratario per disposto di legge, non si scorda di essere il proprietario e li converte in suo profitto senza preoccuparsi delle pene comminate dalla legge contro il sequestratario infedele. La disposizione dell' art. 2085 cod. civ. è ben lontana dal tutelare seriamente l' interesse del ceto creditorio; ma quando il giudizio esecutivo si protrae, e i beni immobili con esso escussi sono suscettivi di largo reddito, ogni creditore può domandare, a tutela del suo interesse, la nomina di un sequestratario diverso.

(2) « In mancanza di convenzione speciale, il compratore è tenuto agli interessi sino al giorno del pagamento del prezzo, ancorchè non sia in mora, « se la cosa venduta e consegnata produce frutti ad altri proventi ». — Venezia, 30 maggio 1882, *Foro it.*, Rep. 1882, V. esecuzione immobiliare, 200;

ditorio il danno che deriva talvolta dal soverchio prolungarsi del giudizio di graduazione per le questioni sollevate nel medesimo: se da un lato si accumula l' arretrato d' interessi sui crediti collocati, dall' altro la massa distribuibile subisce essa pure un aumento proporzionale, che vale a mantenere inalterata, o quasi, la situazione dei creditori. Diciamo inalterata o quasi; perchè il saggio dell'interesse convenzionale dovuto ai creditori primi iscritti in forza del loro titolo, essendo bene spesso superiore al saggio dell'interesse legale dovuto dall'aggiudicatario sul prezzo di aggiudicazione, avviene sovente che il soverchio prolungarsi del giudizio di graduazione rende peggiore la situazione dei creditori ultimi iscritti, facendo sì che divengano perdenti quelli che avrebbero ottenuto pagamento integrale se la liquidazione avesse avuto luogo sollecitamente.

A eliminare siffatto inconveniente erasi determinata nella patria giurisprudenza una opinione secondo la quale gli effetti della liquidazione che pone termine al giudizio di graduazione dovrebbero farsi risalire al giorno dell'aggiudicazione dei beni il cui prezzo è oggetto di distribuzione nel giudizio stesso. Se questa opinione fosse stata accettata, sarebbe avvenuto che con l'aggiudicazione dei beni i creditori comparsi e collocati in grado utile avrebbero cessato di conseguire l'interesse convenzionale dei loro crediti e avrebbero dovuto contentarsi di esigere l' interesse legale dai singoli aggiudicatari su quella parte del prezzo dovuta a ciascuno; ma quella opinione fu contradetta, come a suo luogo vedremo commentando l'art. 2010 cod. civ., per ciò che riguarda gl'interessi da collocarsi nel grado del capitale, e finì per essere

---

Trib. Salerno, 28 ottobre 1885, *Gazz. proc.*, XX, 262. — Tale opinione ha riscontro anco nella dottrina, come può vedersi in BORSARI, *Comm.* all'art. 723 proc. civ.; RICCI, *Proc. civ.*, III, 242 e in una speciale monografia di CASTELBOLOGNESI e TRIANI pubblicata a Modena nel 1877 e intitolata « *Sulla liquipazione nei giudizi di graduazione* ».

abbandonata nella giurisprudenza e nella dottrina, perchè il rapporto di credito risultante a favore dei singoli creditori dai titoli rispettivi si estingue col pagamento; l' aggiudicazione dei beni ipotecati non vale ad estinguerlo nè a modificarlo: cambia, è vero, l'oggetto del diritto relativo, perchè alla cosa è surrogato il prezzo; ma il rapporto di credito rimane inalterato e ogni creditore conserva il diritto di essere collocato in base al proprio titolo e di conseguire in base al medesimo tutto quello che gli è dovuto (1).

543. Visto così quali somme sono oggetto di distribuzione nel giudizio di graduazione, passiamo ad esaminare quali crediti devono essere collocati con grado ipotecario nel giudizio medesimo.

Pagati anzitutto i creditori privilegiati sul prezzo dei beni immobili secondo le norme tracciate in altra parte di questa opera (2), tutte le somme distribuibili sono devolute ai creditori ipotecari secondo il loro grado; solo quando questi creditori conseguono tutto ciò che loro è dovuto, e si verifica un avanzo, questo è devoluto ai creditori non aventi garentia ipotecaria; vengono in questa ipotesi in primo luogo i creditori aventi privilegio sulla generalità dei mobili enumerati nell' art. 1956 cod. civ.; vengono in secondo luogo i creditori chirografari, i quali si distribuiscono per contributo la parte di prezzo che sopravanza dopo la collocazione dei crediti privilegiati e ipotecari secondo le norme stabilite nell' art. 2092 cod. civ. Se pagati integralmente i crediti

(1) La questione non va trattata qui, ma più oltre, nella Sezione di questo stesso Capitolo ove sarà parlato degli accessori del credito. Qui ci limitiamo a citare MATTIROLO, *Dir. giur.*, VI, pag. 392; CUZZERI, *Comm. all'art.* 717 *proc. civ.*, nota 2; PESCATORE, *Filosofia e dottr. giur.*, I, pag. 147 e seg. e fra le tante decisioni le seguenti: Brescia, 13 ottobre 1880, *Foro it.*, VI, I, 108; Cass. Roma, 22 aprile 1885, *Annali di giur. it.*, XIX, I, 276; Palermo, 30 maggio 1888, *Foro it.*, X, I, 940; Modena, 16 marzo 1886, *Foro it.*, XI, I, 690; Torino, 30 maggio 1887, *Giur. tor.*, XXIV, 446; Cass. Torino, 17 decembre 1887, *Foro it.*, XIII, I, 81.

(2) *Trattato dei privilegi*, n. 399 e seg.

chirografari vi è ancora un avanzo, questo pel citato articolo è devoluto al debitore in danno del quale ha avuto luogo il giudizio.

Queste regole soffrono eccezione nel caso in cui gl' immobili il prezzo dei quali si distribuisce sono passati prima della trascrizione del precetto immobiliare in proprietà di un terzo possessore, sia che si proceda dai creditori ipotecari per via di spropriazione forzata, sia che si faccia luogo al giudizio di graduazione per la distribuzione del prezzo da lui offerto, rincarato o no con la domanda d' incanto: in questo caso la collocazione non ha luogo che per i crediti privilegiati sul prezzo degli immobili e garentiti con ipoteca; i creditori chirografari e quelli privilegiati sulla generalità dei mobili, non avendo diritto reale sui beni escussi e sul loro prezzo, non hanno diritto di ottenere collocazione: l'avanzo è in tali casi dovuto al terzo possessore e gli viene imputato nelle ragioni di regresso esperibili verso il suo autore (art. 2092 capov. cod. civ.).

544. La collocazione ha luogo a favore dei creditori ipotecari secondo il grado della ipoteca respettiva debitamente conservato con la rinnovazione fino al momento della iscrizione della ipoteca legale di cui agli art. 2089 e 2042 cod. civ.; e ciò senza distinguere crediti scaduti da crediti da scadere, crediti certi da crediti eventuali, crediti puri e semplici da crediti condizionali, crediti di capitale da crediti di rendite perpetue o vitalizie.

Infatti l' art. 2090 cod. civ. dispone che coll' apertura del giudizio di collocazione si fa luogo al riscatto dei censi e delle rendite perpetue ed i crediti con mora divengono esigibili; e soggiunge che per le rendite e prestazioni vitalizie viene collocata una somma i cui interessi corrispondano alle stesse rendite o prestazioni, eccetto che i creditori posteriori eleggano di cautelarne efficacemente il pagamento in altro modo; mentre il successivo art. 2091 provvede al caso della collocazione dei crediti eventuali e condizionali, dichiarando che questa non impedisce il pagamento

dei creditori posteriori, sempre che questi diano cauzione di restituire all'occorrenza le somme esatte.

Con l'apertura del giudizio di graduazione, dice la legge, cioè con la sentenza che autorizza la vendita all' incanto nei giudizi di spropriazione (art. 666, n. 4 cod. pr. civ.) e col decreto presidenziale emanato su ricorso del terzo possessore che voglia procedere al giudizio di purgazione (art. 728 cod. pr. civ.). È questo il momento giuridico nel quale si verificano gl' importanti effetti di cui parlano gli art. 2090, 2091 cod. civ. Da quel momento i creditori hanno acquistato il diritto alla collocazione dei loro crediti e il debitore non potrebbe troncare il corso della esecuzione senza il pagamento integrale, o senza il consenso dei creditori i quali hanno acquistato il diritto stesso.

Trattandosi di creditori chirografari, il diritto a essere pagati, o richiesti della loro adesione alla sospensione dell' azione esecutiva, non può derivare che dal deposito della domanda di collocazione nella cancelleria del tribunale; ma trattandosi di creditori iscritti, basta la esistenza della iscrizione sui registri ipotecari; perchè, per quanto l' art. 666, n. 5 del cod. di pr. civ. dichiari che la sentenza autorizzante la vendita deve ordinare ai creditori iscritti di depositare le loro domande di collocazione motivate e i documenti giustificativi nel termine di giorni trenta dalla notificazione del bando, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere la non perentorietà di questo termine, disponendo l' art. 714 cod. pr. civ. che la presentazione tardiva della domanda non impedisce la collocazione e non ha altro effetto che quello di far sopportare le maggiori spese occorse al creditore negligente (1).

I diversi casi considerati nei citati art. 2090, 2091 cod. civ. meritano separato esame.

(1) Mattirolo, *Dir. giud.*, VI.

545. La legge non distingue anzi tutto i crediti scaduti da quelli da scadere e dichiara che con l'apertura del giudizio di graduazione anco i crediti con mora divengono esigibili (1).

Quando venne in discussione in seno alla commissione coordinatrice del codice civile l'art. 2115 del progetto definitivo (art. 2090 del codice un commissario osservò essere più logico e più conforme ai principii della scienza mantenere a profitto degli aggiudicatari e dei terzi possessori dei beni ipotecati la dilazione derivante a favore del debitore dai titoli di credito dei quali viene domandata collocazione; non doversi variare la condizione del creditore per un fatto che gli è estraneo, e potere d'altra parte riuscire dannosa ai debitori l'applicazione del principio in discorso, giacchè l'esigibilità di tutti i crediti gravanti un immobile ne fa diminuire il prezzo costringendo gli oblatori a pagare in contanti ciò che potrebbero avere facoltà di pagare a termine. La osservazione però non ebbe seguito, perchè gli altri commissari replicarono che con la vendita dell'immobile e col successivo giudizio di graduazione si opera una vera novazione tra il debitore e i creditori utilmente collocati sul prezzo, per la quale cessano i loro rapporti: replicò ancora che di regola chi compra vuol pagare subito per non sottostare al pagamento degl'interessi, che il sistema adottato nel progetto, conforme del resto a quello dei codici precedenti, concorre a favorire la libertà dei fondi e lo svincolo dalle ipoteche ed è perciò consigliato dalla economia dei giudizi (2).

---

(1) Occorre appena avvertire che l'ipoteca non può estrinsecarsi se non nella collocazione del credito sul prezzo dell'immobile ipotecato. Il creditore non può appropriarsi l'immobile ipotecato, perchè anco in materia d'ipoteca vale il divieto dell'art. 1894 Cod. civ. (Cass. Napoli, 17 febbraio 1874, 25 giugno 1875, *Giur. it.*, XXVI, I, 151, XXVIII, I, 43).

(2) *Processi verbali*, XLIX, 1. La proposta di riforma respinta dalla commissione fu fatta dal commissario PRECERUTTI. Il PISANELLI nella sua relazione, pag. 93, egregiamente notò, nel senso stesso della commissione coordi-

546. Dato però che il credito con mora divenuto esigibile con l'apertura del giudizio di graduazione sia infruttifero, l'immediato pagamento del suo ammontare al creditore che per esso ha ottenuto collocazione si risolverebbe in un ingiusto arricchimento per lui e in un danno corrispondente pei creditori posteriormente collocati, imperocchè egli lucrerebbe in loro pregiudizio interessi non dovutigli; provvede a ciò l'art. 2090, disponendo che in questo caso la somma sia depositata e gl' interessi siano pagati a chi di ragione.

Il deposito si fa nella cassa dei depositi giudiziali e gl' interessi, dal giorno del deposito a quello della scadenza del debito infruttifero collocato in grado utile, cedono a profitto dei creditori ipotecari.

Sarebbe stato forse miglior consiglio ordinare che gl' interessi non dovuti venissero scomputati dal capitale, accordando al credito con mora collocazione per una somma che, posta a frutto pel tempo che manca ancora alla scadenza, fosse sufficiente a ricostituire con gl' interessi accumulati il capitale del credito; ma la difficoltà di stabilire un saggio normale d' impiego del danaro ha forse distolto il legislatore dall'adozione di questo temperamento, al quale nella pratica si procede (dato il caso assai infrequente di collocazione di crediti non fruttiferi) per effetto di privati accordi, in vista della limitata utilità che risentono i creditori posteriori stante la tenuità del saggio corrisposto dalla cassa dei depositi giudiziali. Un creditore collocato per un credito infruttifero la cui scadenza verrà fra qualche anno, ha interesse di esi-

natrice, che la speranza di poter pagare col tempo, spesso riesce delusa, e che un nuovo giudizio di spropriazione sarebbe molte volte la conseguenza della fiducia nell'avvenire. La mora estesa all'aggiudicatario avrebbe per effetto di far concorrere agli incanti persone non solventi le quali ne sono invece allontanate dalla prospettiva di dovere eseguire il pagamento integrale del prezzo appena terminato il giudizio di graduazione. Cons. ancora MATTIROLO, *Dir. giud.*, II, 468.

gere una somma minore per acquistarne la immediata disponibilità.

547. Con l'apertura del giudizio di graduazione che ha per oggetto di convertire il diritto reale d' ipoteca in un diritto di credito esigibile con prelazione sul prezzo dell' immobile ipotecato (1) si fa luogo, secondo il citato art. 2090 cod. civ., al riscatto dei censi e delle rendite perpetue. Queste prestazioni essenzialmente redimibili a volontà del debitore (art. 1783 cod. civ.), ma irripetibili dal creditore, divengono ripetibili con l' apertura del suddetto giudizio, in conseguenza del principio generale stabilito nell'art. 1786 cod. civ. in virtù del quale si fa luogo al riscatto delle rendite nel caso di fallimento o di non solvenza del debitore. L'apertura del giudizio di graduazione è sicuro indizio di non solvenza e l'art. 2090 non fa che applicare il principio sancito nel suddetto art. 1786 cod. civ.

In conseguenza di questi articoli noi crediamo anzi, che autorizzata la vendita al pubblico incanto del fondo sul quale è assicurata la rendita perpetua, semplice o fondiaria che sia (2), e

---

(1) Il Mattirolo (*Dir. giud.*, VI, 470) dà come ragione del riscatto coattivo delle rendite perpetue il fatto che il giudizio di graduazione ha per iscopo di *staccare* le ipoteche dell' immobile vincolato e di *realizzarle* sul prezzo. Il concetto è giusto, ma non è reso esattamente. La vera formula giuridica è la *surrogazione: praetium succedit in locum rei.*

(2) La rendita fondiaria corrisponde al così detto *censo riservativo* che differiva dalla enfiteusi solo in quanto chi alienava l' immobile si riservava il mero diritto al conseguimento dell'annua prestazione, trasferendosi l'utile e il diretto dominio dell' immobile alienato nel debitore di quella; la rendita semplice, qualificata del titolo di censo anche nell' art. 1782, corrisponde al così detto *censo consegnativo*, chiamato comunemente *censo bollare o Piano*, perchè regolato dalla celebre bolla *cum onus* del pontefice Pio V del 14 febbraio 1569, e non attributivo di alcuna ragione di dominio o condominio sui fondi *censiti*. Cencio, *De censibus*, I, 23; De Luca, *Disc.* XVII, 8, *Disc.* XVIV, 6; Cass. Torino, 14 gennaio 1874, *Annali di giur. it.*, VIII, I, 1889; Cass. Napoli, 27 luglio 1883, *Legge*, XXIV, I, 666.

dichiarato aperto il giudizio di graduazione con la sentenza contenente l'autorizzazione stessa, il creditore abbia acquisito il diritto all'integrale pagamento del suo credito in capitale, interessi e spese; l'offerta delle spese e dei soli interessi, che venisse fatta dal debitore, non varrebbe a troncare il corso dell'azione esecutiva. Al riscatto si fa luogo con l'apertura del giudizio di graduazione, ed il giudizio è aperto col passaggio in giudicato della sentenza che autorizza la vendita; da quel momento è cessato il vincolo della irripetibilità, e il debitore non può pretendere di farlo rivivere col pagamento delle prestazioni arretrate.

La vendita volontaria del fondo censito non dà luogo al riscatto perchè non diminuisce la sicurezza del creditore (1): occorre per questo che per effetto di alienazione o divisione il fondo su cui la rendita è costituita o assicurata venga diviso fra più di tre possessori (art. 1785, n. 4 cod. civ.); tanto vero che l'art. 1786 dopo avere stabilito, come di sopra avvertimmo, che si fa luogo al riscatto della rendita nel caso di fallimento o di non solvenza del debitore, così continua nel capoverso: « Nondimeno, trattandosi di rendita fondiaria, ove il debitore prima del « fallimento o della non solvenza avesse alienato il fondo obbligato per servizio della rendita, il creditore non ha diritto di « chiedere il riscatto se il possessore del fondo si offre pronto al « pagamento della medesima e presenta per essa sufficienti cautele ».

La legge parla di rendita fondiaria; il principio non si applicherebbe alla rendita semplice o censo, quantunque il fondo sul quale la relativa prestazione è assicurata fosse alienato prima del fallimento o della non solvenza del debitore; il terzo possessore dell'immobile ipotecato sarebbe raggiunto dall'azione esecutiva promossa contro il suo alienante, e non avendo la eccezionale

(1) Cass. Napoli, 27 maggio 1873, *Gazz. proc.*, VIII, 175.

facoltà concessa dall' art. 1786 capov. cod. civ. dovrebbe rilasciare o pagare a forma dell' art. 2013 cod. civ.; e quando ancora volesse procedere al giudizio di purgazione, non potrebbe farlo se non offrendo il capitale del censo, rinunziando cioè al benefizio della irripetibilità (1).

548. L' art. 2090 parla di censi e di rendite perpetue; ma il riscatto si applica a ogni altra prestazione perpetua costituita a qualsiasi titolo, anche per atto di ultima volontà. L' art. 1788 cod. civ. estende a tutte queste prestazioni le disposizioni degli art. 1783, 1784, 1785 e 1786 cod. civ. e si deve per conseguenza estendere a tutte anco la disposizione dell' art. 2090 cod. civ., la quale altro non è, come di sopra abbiamo dimostrato, se non l'applicazione pratica al giudizio di graduazione del principio generale contenuto nell' art. 1786 cod. civ. In questo senso fu deciso che l' art. 2090 cod. civ. fa cenno del riscatto delle rendite solo in via dimostrativa e che per conseguenza la sua disposizione si applica ad ogni sorta di corresponsioni annue comunque denominate, le quali abbiano reale inerenza collo stabile venduto e ne inceppino la disponibilità (2).

Formano eccezione a questa regola le prestazioni aventi per causa una concessione d' acqua demaniale, e quelle che hanno origine del contratto di enfiteusi (art. 1788 cod. civ.).

Riguardo alle prestazioni per concessione d' acqua demaniale è ovvio osservare che il capitale corrispondente è da detrarsi dal valore del fondo, dovendo il deliberatario assumere sopra di sè l' onere di continuarne il pagamento: il diritto di derivazione d' acqua è un bene immobile per natura come il fondo a cui favore l' acqua è derivata (art. 409, 412 cod. civ.) secondo la stu-

(1) Il Mirabelli, *Contratti speciali*, pag. 176 (*Dir. civ. it.* di Fiore, Parte XII, vol. unico) è della stessa opinione da noi manifestata: osserva però che sarebbe stato più equo ed opportuno accomunare il beneficio.

(2) Milano, 30 agosto 1869, *Monit. trib. Mil.*, X, 990.

penda massima già fissata da Ulpiano in L. 11 D. *Quod vi aut clam* (XLIII, 24): *portio enim agri videtur aqua viva, quemadmodum si quid operis in aqua fecisset* (1); esso è colpito pertanto dalla ipoteca che colpisce il fondo, è espropriato insieme a questo, e passa in virtù della espropriazione nell'aggiudicatario; ma poichè questi non può vantare maggiori diritti di quelli che spettavano al debitore escusso, è tenuto a pagare l'annuo canone dovuto al demanio per la concessione. Per questo non si fa luogo al riscatto: soltanto l'aggiudicatario avrà diritto a una proporzionata riduzione di prezzo, ove non sia stato tenuto parola nel bando del relativo onere e non consti della perizia di stima, o dell'atto di offerta del creditore stante, che fu fatta sul prezzo di vendita la necessaria detrazione.

Eguali principii governano il caso della enfiteusi. Per essa il dominio è frazionato fra due interessati che hanno sull'immobile diritti speciali aventi ciascuno un proprio contenuto: ciò che si vende in virtù dell'azione ipotecaria non è dunque il pieno dominio, ma quella parte di esso che forma oggetto della espropriazione. Venduto il diritto dell'enfiteuta, rimane inalterato il diritto del concedente a conseguire l'annuo canone dall'aggiudicatario; venduto il diritto del concedente, l'aggiudicatario altro non acquista che il diritto al conseguimento del canone stesso. Di fronte a queste due situazioni giuridiche la necessità del riscatto non trova applicazione. Il concedente potrà domandare collocazione per le annualità arretrate col privilegio accordatogli dall'art. 1958, n. 2 cod. civ. sul prezzo dei beni che ne sono colpiti; e potrà domandare ancora collocazione ipotecaria sul prezzo dello stesso diritto caduto in espropriazione, quando la ipoteca sia stata iscritta e legalmente conservata, come non di rado avviene; ma una collocazione pel capitale, o, come comunemente si

(1) Cass. Napoli, 16 settembre 1874, *Giur. it.*, XXVI, I, 921.

dice, pel fondo dell' annuo canone, non sarebbe ammissibile, perchè il diritto del concedente non è un diritto di credito ma un diritto reale, garentito dalla stessa sua essenza (1).

549. Il riscatto delle rendite perpetue delle quali è parola nell' art. 2090 cod. civ. si opera in conformità dell' art. 1784 cod. civ. Se si tratta di rendita semplice o censo, il creditore ha diritto a essere collocato per il capitale in danaro pagato al momento della costituzione, come correspettivo della costituzione stessa; se poi si tratta di rendita fondiaria, il creditore ha diritto di essere collocato per il capitale in danaro corrispondente all' annua rendita sulla base dell' interesse legale, ed al valore della stessa rendita, se è in derrate, sulla base del prezzo medio di queste negli ultimi dieci anni, semprechè non sia stato fissato nell' atto un capitale inferiore, nel qual caso la collocazione deve essere limitata al capitale stesso (2). In altri termini il riscatto coattivo che si opera in virtù dell' apertura del giudizio di graduazione, non attribuisce al creditore maggiori diritti di quelli che gli spettano in caso di riscatto volontario per parte del debitore: la diversa causa del fatto giuridico non ne altera la natura, nè vale a rendere deteriore la condizione del creditore o a migliorarla.

Fu lungamente agitata e diversamente risoluta la questione se trattandosi di censi o rendite a favore di corpi morali il riscatto potesse farsi, anzichè a norma dell' art. 1784 cod. civ., col beneficio consentito dalla legge del 24 gennaio 1864 n. 1636, ossia con la collocazione della somma occorrente per acquistare ed iscrivere sul gran libro del debito pubblico un' annua rendita eguale all' ammontare dell' annua prestazione. Siffatta questione, la quale ha perduto importanza a misura che il prezzo della rendita

---

(1) Cass. Napoli, 11 febbraio 1875, *Giur. it.*, XXVII, I, 660.

(2) Messina, 19 agosto 1879, *Temi Zan.*, XIII, 189.

pubblica si è andato elevando fino a raggiungere, o quasi, il valore nominale, fu da principio risoluta in senso affermativo (1); ma la corte suprema di Roma con sentenza 25 novembre 1887 ritenne doversi distinguere fra il riscatto coattivo, che ha luogo per legge al seguito del giudizio di espropriazione e quello volontario cui procede spontaneamente, e nel proprio interesse, il debitore della rendita. La Corte disse che le regole proprie di quest' ultimo non possono applicarsi all' altro, perchè costituiscono un *gius singolare* non suscettivo d' interpretazione estensiva (2).

---

(1) Casale, 10 marzo 1867, *Giur. it.*, XIX, II, 237; Milano, 30 agosto 1889, *Monit. trib. Mil.*, X, 900.

(2) La sentenza è riportata con nota adesiva della direzione nella *Giurisprudenza italiana* del 1888, parte prima, sez. I, vol. 146. È utile riportarla nella sua integrità. « Atteso che tutta la controversia si compendia nella di« samina se la legge 24 gennaio sull' affrancazione delle prestazioni dovute ai « corpi morali sia applicabile non meno al riscatto volontario che a quello « coatto nelle diverse ipotesi nelle quali, come in quella dell'art. 890 cod. civ., « e che costituisce il tema del presente gravame, si fa luogo all' affranco ob« bligatorio. La corte di merito nella sentenza impugnata risolse in senso affer« mativo cotesta tesi, muovendo dal concetto fondamentale che mentre l'art. 2090, « in tema di subastazione del fondo gravato dalla rendita perpetua, ferma il « principio del riscatto, il modo onde questo si attua è disciplinato poi nel « codice civile, art. 1784, se il creditore è un privato; e se invece è un corpo « morale, dalla legge del 1864. — A determinare pertanto il valore giuridico « del ricorso, è giocoforza rifarsi nella ragione di questa legge, per chiarire, « se mentre la sua parola è manifestamente circoscritta alla ipotesi della libe« razione dei fondi gravati che si opera liberamente dai debitori e possessori, « il suo pensiero invece vada di là da questo limite per dare norma insieme « al riscatto volontario ed al coatto. — Che la legge 24 gennaio 1864 inten« desse principalmente alla liberazione dei fondi dai vincoli che ne diminui« vano il valore e ne rendevano difficile la circolazione è cosa troppo manifesta « per potersene dubitare. L' insieme della legge e le singole sue disposizioni « rivelavano lo scopo economico che il legislatore si proponeva; scopo che si « volle agevolare dispensando i debitori dalla osservanza del diritto comune, « ossia della restituzione del capitale al corpo morale creditore, e abilitandoli

550. Anco le rendite semplici o fondiarie costituite sotto le leggi anteriori sono redimibili secondo l'art. 1784 cod. civ., non

« a cedere in cambio la rendita pubblica equivalente a quella che si riscatta-« va, vegliando, come era altronde naturale, il momento più propizio per « acquistarla a buone ragioni nelle oscillazioni perenni della borsa. Era codesta « una deroga al diritto comune, un sacrifizio che s'imponeva al corpo morale; « ma la ragione pubblica e gli altri interessi collegati con la ricuperata libertà « dei fondi giustificavano appieno codesta deviazione dalle norme ordinarie del « diritto. — Però mentre da una parte non si vuole negare, ed in questo non « si può non consentire nelle considerazioni della sentenza, che accanto allo « scopo economico della legge sia da porre del pari la veduta finanziaria di « dar credito al consolidato italiano e rialzarne il corso, mercè un largo im-« piego di esso presso i corpi morali, dall'altra è da porre mente che nell'eco-« nomia della legge in disamina, lo scopo finanziario era subordinato e condi-« zionato al fine economico come ella intendeva; sicchè se questo venisse a man-« care, anche la ragione della finanza conveniva che tacesse, siccome quella a « cui avrebbe fatto difetto l'occasione propizia di farla valere; non altrimenti « di quello che avviene nel mezzo quando in un motivo qualsiasi sia venuto « meno il fine a cui è coordinato. — La sentenza impugnata invece, mettendo « allo stesso livello i due scopi di cui si discorre, per arrivare alla conseguenza « che anche nella ipotesi del riscatto obbligatorio, gl' intendimenti finanziari « della legge del 1864 reclamavano l'applicazione delle sue norme intorno alla « maniera onde doveva esso seguire, ha disconosciuto il pensiero della legge « medesima e ne ha dimenticato altresì il senso letterale.—Ora che la ragione « delle agevolezze consentite ai debitori dalla legge speciale di cui si discorre, « non trovi luogo dove per ministero della legge comune, e nell'interesse me-« desimo dei creditori della rendita, si debba questa riscattare, come certa-« mente interviene nel caso concreto, e come del pari interverrebbe in quell « ipotizzati dall' art. 1785 cod. civ., è cosa di cui non si può dubitare. Anzi « egli è da considerare che adoperandosi il riscatto per precetto di legge e « mancando di conseguenza *ministerio legis* la rendita da riscattare ed il vin-« colo da sciogliere, non pure alla legge del 1864 manca la ragione della sua « applicazione, ma le manca perfino la materia che ha preso a disciplinare.— « Indarno si argomenta dalla rigidità di questa legge, che nell'articolo 19 in-« terdice ogni patto ad essa contrario per dedurne la sua inflessibile applica-« zione in ogni maniera di riscatto; imperocchè è agevole replicare che lo spi-« rito di rigore, onde essa è informata, non ne consente che se ne devii nei

ostante qualunque patto in contrario, e salve le originarie convenzioni più favorevoli al debitore, in virtù dell' art. 30 delle disposizioni transitorie per l' attuazione del codice civile. In conseguenza, verificandosi il riscatto coattivo a forma dell' art. 2090 cod. civ., il creditore di un' annua rendita costituita originariamente al saggio del tre o del quattro per cento, non ha diritto alla collocazione in graduatoria del capitale originario, ma ha diritto soltanto a conseguire il capitale corrispondente all' annua rendita sulla base dell' interesse legale; ma se nel contratto di costituzione della rendita fosse stato pattuito sotto l'impero delle leggi anteriori un saggio di capitalizzazione più favorevole al debitore, per esempio il cento per sei o il cento per sette, il creditore non avrebbe diritto che a conseguire questo minor capitale.

Fedeli al nostro programma, che è diretto a illustrare il diritto vigente senza speciale riguardo ai conflitti fra la vecchia e la nuova legislazione, non reputiamo opportuno di soffermarci a commentare la citata disposizione transitoria bastando il cenno

« casi nei quali deve legittimamente imperare, ma non può estenderne la portata a casi che le sono estranei: — Indarno del pari la sentenza trae dall'enfiteusi uno degli argomenti della sua decisione, osservando che come nell'enfiteusi (art. 1565 cod. civ.) il diritto poziore dell'enfiteuta di redimere il fondo paralizza quello quesito dal concedente di chiedere la devoluzione, così del pari al debitore della rendita dev' essere consentito il modo di affranco stabilito dalla legge speciale, anche di fronte al creditore, dove questi per l'art. 2090 avesse conseguito il diritto al riscatto obbligatorio della rendita. « Però si offre ovvia la osservazione, che non corre analogia tra il caso dell'enfiteusi e quello della rendita per potersi argomentare dall' uno all' altro; « conciossiachè in quello, a differenza di questo, al diritto quesito fa impedimento l' interesse generale che ha inspirato alla legislazione italiana il pensiero di favorire il lavoro assiduo e fecondo delle terre elevando a titolo di premio gli enfiteuti al grado di proprietari pieni piuttosto che ridurli, per la devoluzione, alla condizione dei creditori delle migliorie operate sui predii da tanti anni posseduti ».

che quì ne abbiamo fatto per la retta risoluzione dei casi particolari che possono presentarsi nella pratica del foro.

551. Quanto alla rendita vitalizia provvede il capoverso dell'art. 2090 cod. civ. disponendo non farsi luogo al riscatto della medesima ma doversi collocare un capitale atto a produrre la rendita stessa, reversibile ai creditori posteriori dopo estinto il vitalizio, a meno che questi creditori non preferiscano di appropriarsi immediatamente il capitale, cautelando il pagamento della rendita in altro modo.

Stante l'incerta durata della vita umana il legislatore non ha creduto ben fatto di adottare le fallaci presunzioni stabilite da altre legislazioni, fondate sul dato unico ed empirico della età, ed ha voluto che chi ha stipulato a proprio favore una rendita vitalizia non sia tenuto in caso alcuno a convertire il suo diritto, che è essenzialmente aleatorio come il contratto da cui deriva (art. 1102 cod. civ.), in un diritto certo e liquido nel suo ammontare (1).

L'art. 2090 cod. civ. capoverso non fa che applicare il principio generale sancito nell'art. 1797 dello stesso codice pel quale « la sola mancanza del pagamento delle pensioni maturate non « autorizza quello in cui favore è costituita la rendita vitalizia « a chiedere di essere rimborsato del capitale o a rientrare nel « possesso del fondo alienato. Egli ha solo il diritto di far vendere « i beni del suo debitore, e di domandare che venga ordinato, « quando il debitore non vi acconsenta, che col prodotto della « vendita si faccia l'impiego di una somma bastante per soddi- « sfare alle pensioni ».

Però la collocazione ipotecaria del capitale occorrente a produrre la rendita è subordinata alla condizione che l'iscrizione sia

(1) Taluno avrebbe voluto che l'onere della corresponsione vitalizia passasse, in caso di vendita coatta, nel deliberatario, ma fu saviamente osservato che ciò avrebbe distolto gli acquirenti dalla gara delle aste, stante la incertezza dell'onere. Cons. su ciò MATTIROLO, *Dir. giur.*, VI, 471.

stata effettivamente presa e conservata per questo capitale; ciò esige il principio della specialità della ipoteca, a tutela del diritto dei creditori posteriormente iscritti. Che se per sicurezza del pagamento di una rendita vitalizia di L. 1000, fosse stata presa iscrizione per la somma di L. 10.000 soltanto, anzichè per la somma di L. 20.000, atta a produrre al saggio legale la rendita stessa, il creditore della rendita avrebbe diritto all' impiego della somma iscritta, anzichè della somma maggiore che in realtà sarebbe occorsa (1), e solo potrebbe convertire a suo profitto, non soltanto gl' interessi, ma gradatamente anco la quota di capitale annualmente occorrente per formare la prestazione, finchè il capitale stesso non fosse integralmente esaurito (2).

---

(1) Non mancano in verità decisioni le quali partono dal concetto che enunciata nella iscrizione la quantità della rendita, l'iscrizione stessa abbia effetto per il capitale necessario a produrla sebbene sia stata presa per un capitale minore ed insufficiente (Casale, 11 aprile 1881, *Giur. tor.*, XVIII, 383; Casale, 11 luglio 1890, *Giur. cas.*, 1891, 16); in sostegno di queste decisioni fu detto che la sostanza delle iscrizioni sta nella indicazione dell'ammontare della pensione; ma è ovvio rispondere che nulla vieta a chi costituisce a proprio favore una rendita vitalizia di prendere iscrizione anzichè per lo intero capitale atto a produrla, cioè per venti annate, per un numero di annate minori; ove ciò avvenga, i creditori posteriori, e gli stessi creditori chirografari, hanno diritto di opporsi alla collocazione di una somma maggiore di quella indicata nella iscrizione (art. 1997 cod. civ. — Genova 15 settembre 1891, *Temi gen.*, 1891, 682; Cass. Torino, 25 giugno 1890, *Giur. it.*, 1890, I, 1, 604): in quest'ultima sentenza fu giustamente dichiarato che non varrebbe al creditore iscrivente allegare un preteso errore occorso nella capitalizzazione.

(2) In questo senso la corte d'appello di Torino fissò nel 2 giugno 1893 la massima seguente: « quando nell'iscrizione ipotecaria a garenzia di una pen« sione vitalizia di annue L. 1000 si è enunciato un capitale di L. 10.000, non « può pretendersi collocazione per L. 20.000 da investirsi nel servizio della « pensione. Però la somma di L. 10.000, a cui va limitata la collocazione, non « deve investirsi per servire coi suoi frutti alla pensione, ma deve tutta quanta « essere vincolata pel soddisfacimento della annualità anche col capitale e non « con i soli interessi insufficienti all'uopo. Di guisa che, esaurendosi poi il ca-

Se poi l' iscrizione fosse stata presa per sicurezza della rendita, senza alcuna enunciazione di capitale, varrebbe pel capitale necessario a produrla; i creditori posteriori in tal caso non possono opporsi alla collocazione del capitale stesso, perchè la enunciazione della rendita ne dà la misura e non è offeso in alcun modo, con una collocazione così estesa, il principio della pubblicità (1).

Lo stesso diritto del vitaliziato al progressivo esaurimento del capitale pel quale ha ottenuto collocazione in graduatoria, si verifica nel caso in cui avendo esso ipoteca per l' intero capitale atto a produrre la prestazione dovutagli, non abbia ottenuto collocazione integrale per difetto di assegnamenti distribuibili o di grado utile. Il creditore di una rendita di 1000, che ha iscrizione per un capitale di 20.000, ottiene collocazione per 10.000 soltanto: la somma è egualmente reversibile ai creditori posteriori, ipotecari o chirografari che siano; ma è in primo luogo affetta al soddisfacimento della rendita: conseguentemente dovrà

« pitale, cessi ipotecariamente la prestazione, e non rimanga per essa che « l'azione personale contro il debitore della medesima. Pertanto lasciandosi a « mano del deliberatario il capitale, lo si dichiarerà tenuto a servire la pen« sione con gli interessi e scalarmente col capitale, la cui riversibilità ai cre« ditori perdenti sarà quindi solo parziale ed eventuale ». V. ancora: Milano, 16 giugno 1892, *Mon. trib. Mil.*, 1892, 646; Torino, 26 luglio 1890, *Giur. tor.*, XXVII, 722; Firenze, 9 giugno 1880, *Annali di giur. it.*, XIV, III, 250; Milano, 3 decembre 1878, *Annali cit.*, XIII, III, 5; Cass. Torino, 28 febbraio 1894, *Giur. tor.*, 1884, 342.

(1) Cass. Torino, 5 maggio 1891, *Giur. tor.*, XXVIII, 341. Nello stesso senso la corte d'appello di Roma ebbe a decidere che in difetto di convenzione o di una legge speciale che determini la misura e la estensione di una garenzia per la soddisfazione di una rendita annua vitalizia, la regola è che la iscrizione debba esser presa per un capitale corrispondente al cento per cinque della rendita da garantire (sentenza del 4 agosto 1883, *Temi rom.*, III, 410).

essere impiegata e se nel primo anno frutterà 400, le altre 600 dovranno essere prelevate dal capitale; il secondo anno frutterà soltanto 376, si preleveranno dal capitale 624, e così di seguito, fino al completo esaurimento della somma o all'estinzione dell'obbligazione.

552. Il caso normale in questa materia è quello che la ipoteca sia iscritta per il capitale atto a produrre la rendita vitalizia dovuta e che il creditore ne ottenga utile ed integrale collocazione. In tal caso la somma collocata può restare nelle mani del deliberatario, ove questi assuma l'onere di corrisponderne l'interesse legale, continuando a sussistere l'originaria garanzia ipotecaria, o può essere riscossa ed impiegata presso quell'istituto che sarà fissato d'accordo fra gl'interessati, o determinato dall'autorità giudiziaria in caso di disaccordo. Il creditore della rendita vitalizia riscuoterà gl'interessi corrispondenti all'annua prestazione finchè duri la sua vita, secondo le norme sancite nell'art. 1799 cod. civ.; avvenuta che sia la sua morte, la somma sarà distribuita agli aventi diritto secondo le norme preventivamente fissate nello stato di graduazione e nella sentenza di omologazione del medesimo. Dicendo la legge che la somma è reversibile ai creditori dopo estinto il vitalizio, la preventiva determinazione delle condizioni e delle modalità di tale reversione s'impone per la natura stessa delle cose. La somma formerà necessariamente oggetto, nel giudizio di graduazione, di due collocazioni distinte, l'una in favore del creditore della rendita, l'altra, in seconda linea, a favore degli aventi diritto al capitale.

Considerando però che questi ultimi possono avere interesse all'immediato conseguimento di ciò che loro è dovuto, l'art. 2090 capov. cod. civ. concede loro la facoltà di cautelare efficacemente il pagamento della rendita vitalizia in altro modo. Sulla efficacia della offerta cautela, ove le parti non si accordino, statuirà l'au-

torità giudiziaria nello stato di graduazione e nella sentenza che lo omologa (1).

553. La collocazione dei crediti eventuali e condizionali non impedisce il pagamento dei creditori posteriori, sempre che questi diano cauzione di restituire all' occorrenza le somme esatte (art. 2091). Chi ha un credito eventuale o condizionale garentito con ipoteca ha diritto di domandare collocazione e di ottenerla secondo il grado della sua iscrizione; ma la collocazione è subordinata alle stesse eventualità o alle stesse condizioni alle quali è sottoposto il credito; attualmente nulla gli è dovuto; gli sarà dovuto l' ammontare della iscrizione se si verificherà l' evento o la condizione in previsione dei quali la ipoteca è stata iscritta. I creditori posteriori hanno per ciò diritto al conseguimento delle somme per le quali è stato collocato il credito eventuale o condizionale anteriormente iscritto: ma questo diritto è subordinato all'obbligo di restituzione delle somme esatte sempre che il credito anteriore, puramente eventuale, divenga certo, o si verifichi la condizione alla quale era subordinata la sua esigibilità. L' obbligo di restituzione deve essere garentito con una cauzione, della cui congruità giudica, in caso di disaccordo, l' autorità giudiziaria; ed ove la cauzione non venisse prestata in conformità degli articoli 1921, 1922 cod. civ., le somme resteranno in deposito fino a che non sia certo che l'evento o la condizione da cui dipende la esigibilità del credito anteriore non possono altrimenti verificarsi.

La legge parlando di crediti condizionali allude evidentemente ai crediti sottoposti a condizione sospensiva: il pagamento dei creditori posteriori con cauzione di restituire all'occorrenza le somme esatte, è una figura giuridica che non si adatta menoma-

(1) Conf. da ultimo su questo argomento, Torino, 12 maggio 1896, *Giur. it.*, 1896, II, 637.

mente al credito sottoposto a condizione risolutiva. Se il credito anteriormente iscritto fosse sottoposto a una condizione di questa seconda specie, dovrebbe verificarsi il caso inverso: dovrebbe cioè essere collocato il creditore condizionale, ma non potrebbe ricevere pagamento del suo credito se non dando cauzione di restituire le somme esatte ai creditori posteriori, quando la condizione si verificasse e finchè fosse possibile il suo verificarsi. Ma nel silenzio della legge potrà ammettersi questa soluzione? Noi lo crediamo, perchè sarebbe invocabile il criterio di analogia (1).

Fra i casi di collocazione eventuale decisi dalla giurisprudenza in relazione al principio generale stabilito nell' art. 2091 cod. civ. merita particolare menzione la collocazione accordata alla moglie per i lucri dotali (2) e per la controdote (3). Comparendo nel giudizio di graduazione per domandare collocazione di questi crediti sul prezzo del patrimonio del marito, in virtù della ipoteca legale debitamente iscritta, la moglie non ha diritto che ad una collocazione eventuale pel caso di sopravvivenza al marito e senza interessi fino all'avveramento di tale eventualità. Tale collocazione non impedirebbe quindi il pagamento dei cre-

---

(1) Il Mattirolo (*Dir. giur.*, VI, 472) cita l'art. 660 del cod. di proc. pel cantone di Ginevra, che prevede il caso e lo risolve nel modo accennato nel testo. Ma a noi sembra che la questione possa risolversi nello stesso modo di fronte al cod. civ. italiano in virtù del principio sancito nell'. art. 3 capov. delle disposizioni preliminari del codice civile. In questo senso la questione fu decisa dalla Cass. di Torino (2 decembre 1885, *Foro it.*, X, 81) riguardo ad un credito dichiarato con sentenza soggetta ad appello che la Corte disse doversi considerare come dipendente da una condizione risolutiva: la Corte ritenne che *intanto* potessero venir pagati con preferenza dei crediti certi collocati posteriormente, con che però il creditore dia cauzione di pagare le somme riscosse qualora la sentenza venga riformata.

(2) Cass. Torino, 20 gennaio 1870, *Giur. tor.*, VII, 475.

(3) Casale, 6 maggio 1876, 3 giugno 1871, *Giur. tor.*, IV, 442, VIII, 541.

ditori posteriori, i quali sarebbero soltanto tenuti a dar cauzione per la eventuale restituzione delle somme riscosse (1).

Venendo impugnata la collocazione di un credito perchè simulato, la relativa questione, essendo di lunga e complicata indagine, può non discutersi in sede di graduazione ed essere rimandata a separato giudizio; in tal caso dovrebbero collocarsi i creditori posteriori con cauzione *de restituendo*, secondo la regola dell'art. 2091 cod. civ. (2).

Un altro caso di collocazione eventuale che ricade necessariamente sotto le norme dell'art. 2091 cod. civ. è quello del credito illiquido. Collocato a mo' di esempio un individuo che è stato sottoposto a tutela per tutta la somma iscritta sul patrimonio del tutore e garenzia della gestione tutelare, sebbene il credito dipendente dalla gestione stessa non sia ancora liquidato, si ha una collocazione eventuale che non impedisce il pagamento dei creditori posteriori con cauzione *de restituendo*: liquidato poi il credito in somma non eccedente la collocazione accordata, e la iscrizione relativa, la restituzione è dovuta per l'intero credito, sebbene la

(1) I crediti dotali invece, essendo certi, divengono subito esigibili. La massima contraria del Tribunale di Caltanissetta, 30 luglio 1894 riportata nel *Foro it.*, 1895 Rep. Voce graduazione, 15, dal *Mon. giur.*, 1895, 44, è errata o formulata inesattamente.

(2) La Corte di cassazione di Torino decise invece che mediante cauzione *de restituendo* dovesse essere collocato il credito impugnato (sentenza del 4 maggio 1883, *Giur. tor.*, XX, 730); ma la decisione non è conforme alla disposizione della legge; data la natura sostanziale della impugnativa, e la decisione presa di rinviarne la risoluzione in separata sede, il credito aveva assunto il carattere di *eventuale* e non poteva impedire la collocazione dei creditori posteriori. Nel senso accennato nel testo la Corte d' appello di Palermo decise che non si può domandare collocazione di un credito che forma oggetto di controversia in sede separata, se prima non sia accertato definitivamente (sentenza del 2 decembre 1895, *Circ. giur.*, 1896, 17).

cauzione fosse stata nella sentenza di omologazione imposta per somma minore (1).

Verificandosi una qualunque delle ipotesi per le quali il creditore posteriore provvisoriamente collocato è tenuto a prestare cauzione *de restituendo*, e facendosi luogo alla effettiva restituzione chi la eseguisce ha diritto di regresso contro il debitore (2); ma la restituzione deve essere fatta tanto pel capitale quanto per gl'interessi, senza che sia dato opporre la prescrizione quinquennale di questi ultimi (3).

554. L'usufruttuario di un capitale ha diritto di domandare collocazione non tanto per gl'interessi scaduti e da scadere, che indistintamente gli appartengono, ma anco per il capitale stesso, e ha diritto altresì di riscuoterlo e di impiegarlo a proprio favore purchè nei rapporti col nudo proprietario abbia prestato o presti cauzione per la integrale restituzione al momento della cessazione dell'usufrutto (4). Non si richiede a tale oggetto il mandato di chi ha la proprietà del credito, nè il suo intervento nel giudizio, perchè l'usufruttuario ha diritto alla consegna delle cose sulle quali cade l'usufrutto, corporali o incorporali che siano, di riceverle dal debitore dal quale siano volontariamente restituite e anche di agire per il recupero delle medesime: l'usufruttuario che domanda collocazione agisce quindi per diritto proprio e come procuratore *in rem suam* (5).

Che se l'usufruttuario non avesse prestato cauzione, e non

---

(1) Cass. Napoli, 11 gennaio 1866, *Annali di giur. it.*, 1866, I, 1, 2; Casale, 30 ottobre 1874, *Annali cit.*, IX, II, 65. V. ancora: Cass. Roma, 4 giugno 1885, *Annali cit.*, XIX, I, 1, 153; Bologna, 10 aprile 1891, *Annali cit.*, XX, III, 193.

(2) Cass. Torino, 31 marzo 1869, *Giur. tor.*, VI, 318.

(3) Cass. Napoli, 22 febbraio 1880, *Gazz. proc.*, XV, 140.

(4) Torino, 12 aprile 1869, *Giur. it.*, XXI, II, 249.

(5) Casale, 20 marzo 1872, *Annali di giur. it.*, VII, II, 153; Casale, 16 febbraio 1884, *Giur. cas.*, IV, 68.

fosse in grado di prestarla, il proprietario del capitale avrebbe il diritto d'intervenire per opporsi alla riscossione del capitale collocato per parte dell'usufruttuario, invocando le speciali cautele di cui è parola nell'art. 498 cod. civ.; ma una opposizione al pagamento per parte dell'aggiudicatario debitore del prezzo non sarebbe per difetto d'interesse ammissibile: l'aggiudicatario è liberato pagando all'usufruttuario che sia stato collocato per l'intero credito; un regresso del proprietario contro di lui, nel caso che l'usufruttuario si approprii il capitale e lo converta in suo profitto non sarebbe giuridicamente fondato, mentre il proprietario stesso avrebbe dovuto provvedere in altro modo alla tutela del suo diritto. La notificazione del bando, se si tratta di credito iscritto, la semplice pubblicazione di esso se si tratta di credito chirografario, hanno procurato la legale conoscenza della imminente distribuzione se il proprietario del credito non era garentito da una cauzione che l'usufruttuario avesse prestato per lo innanzi, se non si è curato di richiederla, o se, richiedendola, non ha potuto ottenerla, deve imputare a sè medesimo il danno che risente nè può pretendere di riversarlo sull' aggiudicatario il quale non può essere obbligato a pagare una seconda volta (1).

555. Lo stesso è a dirsi del cessionario del credito e di chi è stato surrogato nelle ragioni del creditore in uno dei casi previsti dagli art. 1252, 1253 cod civ.: il concessionario e il surrogato esercitano nel giudizio di graduazione le ragioni del creditore dal quale hanno causa.

Diverso sarebbe il caso di chi avesse il semplice pegno del

---

(1) Occorre appena avvertire che se l' ipoteca fosse stata presa soltanto a garanzia dell' usufruttuario di un capitale, e per gl'interessi a lui dovuti, non varrebbe certamente a cautelare ad un tempo e senz' altro la riscossione del capitale stesso per parte del proprietario del credito. Cass. Torino, 17 giugno 1882, *Cass. tor.*, I, 2, 83.

credito, sia che lo avesse ottenuto in virtù di contratto a forma dell'art. 1881 cod. civ., sia che avesse proceduto con la forma del pignoramento presso terzi in conformità degli articoli 611 e seg. del cod. di proc. civ. In questo caso la collocazione non può essere domandata che dal creditore diretto, o dal suo creditore in di lui nome: in generale il creditore del creditore ha diritto di domandare la collocazione in sotto grado (sub-collocazione), valendosi dall' azione surrogatoria di cui è parola nell' art. 1234 cod. civ., a meno che non sia avvenuta l'assegnazione in pagamento di cui trattano l' art. 1884 cod. civ. per il pegno volontario e gli art. 619 e 620 cod. proc. civ. per il pegno coattivo.

L'argomento della sub-collocazione non è privo d'importanza e merita separato esame.

556. La materia è governata dall' art. 715 cod. proc. civ.: « Qualunque creditore di un creditore interessato nel giudizio di « graduazione può intervenirvi, sia per far valere e conservare « le ragioni del suo debitore, sia per essere collocato sulla somma « che spetti al medesimo. A questo effetto il giudice delegato, « formato lo stato di graduazione dei creditori diretti, forma quello « dei loro creditori. L'importare delle collocazioni di ogni credi- « tore è distribuito come il prezzo di cose mobili ». Qualunque creditore, dice la legge; conseguentemente tanto chi abbia un credito certo e liquido, quanto chi lo abbia meramente eventuale (1), tanto chi abbia un titolo esecutivo, quanto chi ne sia sprovvisto, purchè il suo credito sia di facile dimostrazione (2). Il creditore diretto e il creditore di lui, sub-collocato nel grado della sua ipoteca, vengono a costituire come una persona sola, tanto che le pronunzie favorevoli all' uno giovano all' altro, come giova all' uno l' appello dell' altro interposto (3).

(1) Genova, 31 dicembre 1874, *Legge*, XV, I, 216.

(2) Genova, 13 giugno 1887, *Foro it.*, 1887, I, 1042.

(3) Napoli, 7 febbraio 1876, *Annali di giur. it.*, X, III, 222.

Naturalmente la validità e la efficacia della sub-collocazione sono subordinate alla validità ed efficacia della collocazione da cui dipende e trae la sua ragione di essere: riconosciuta la insussistenza di un credito e ordinatane la cancellazione dallo stato di graduazione, tale cancellazione spiega i suoi effetti nei rapporti di tutti quanti i creditori; e quindi, tolto di mezzo quel grado, spariscono le collocazioni in sott'ordine, senza distinguere se gl'interessati abbiano o no preso parte alla contestazione intorno alla sussistenza del credito principale (1).

La domanda di collocazione in sott'ordine opera gli effetti del pignoramento, non presso terzi, come erroneamente fu detto in un'antica decisione (2), ma nelle mani del creditore diretto (3); conseguentemente questo creditore non può cedere ad altri il credito dopo che la domanda di sub-collocazione è stata presentata (4).

(1) Cass. Roma, 24 febbraio 1893, *Corte sup.*, XVIII, 2, 53.

(2) Napoli, 19 maggio 1871, *Annali di giur. it.*, V, 2, 570. Vedi però: Mattirolo, *Dir. giur.*, VI, 517 e gli autori da lui citati in senso contrario.

(3) Casale, 30 decembre 1889, *Giur. cas.*, X, 68.

(4) Decisioni citate alle due note precedenti. Una sentenza della corte d'appello di Genova del 20 novembre 1875 (*Gazz. gen.*, XXVIII, I, 805) ritenne che la cessione non sia impedita se la domanda di sub-collocazione non venga notificata, argomentando da quanto dispongono, in materia di sequestro, gli art. 931, 932 cod. proc. civ. Ma questa opinione non merita accoglienza, perchè aperto il giudizio di graduazione la presentazione della domanda tiene luogo di notificazione per tutti coloro che avendo presentate domande nel giudizio stesso hanno costituito procuratore e sono perciò rappresentati nel giudizio medesimo. Cons. in argomento: Cass. Torino, 28 agosto 1890, *Annali di giur. it.*, XXIV, I, 433; Trib. Trani, 17 novembre 1892, *Pisanelli,* II, 343, nonchè una notevolissima sentenza della corte d'appello di Casale del 21 febbraio 1892 (*Giur. cas.*, XII, 75) della quale diamo la massima: « L'atto con cui un creditore delega il suo debitore a pagare la somma che gli deve ad un terzo che a sua volta è creditore del delegante, costituisce delegazione imperfetta ove il terzo non sia intervenuto all'atto, nè abbia altrimenti accettata la delega; e pertanto quella somma rimane nel patrimonio del delegante a comune garenzia

557. Non è nostro compito esporre le norme regolatrici del giudizio di graduazione in tutti i loro particolari; a noi basta esporne quel tanto che ha diretto rapporto con la collocazione dei crediti ipotecari: per questo abbiamo fatto astrazione da tutto quello che riguarda l'esercizio delle ragioni di condominio sul prezzo in distribuzione, la collocazione dei crediti privilegiati, la distribuzione dell'avanzo per contributo fra i creditori chirografari, e la devoluzione dell'avanzo stesso al debitore o al terzo possessore, secondo i vari casi contemplati nell'art. 2092 cod. civ.: per la stessa ragione ci limitiamo a far cenno dell'indole delle sentenze pronunziate nei giudizi di graduazione per ciò che riguarda le quistioni risolute con le medesime.

È giurisprudenza costante delle nostre corti che nel giudizio di graduazione non sono ammesse quistioni sulla sussistenza e sulla liquidità dei crediti che non siano mature per la decisione e che richiedano lunghe e complicate indagini: il procedimento di graduazione deve di regola essere circoscritto alla produzione ed all'esame dei titoli e della regolarità e validità delle relative iscrizioni; le quistioni della prima specie devono essere rinviate in separata sede, accordandosi collocazioni eventuali e condizio-

---

dei suoi creditori, senza che il delegatario possa accamparvi un diritto poziore. Per conseguenza se nel giudizio di graduazione apertosi contro il debitore delegato, il delegante viene collocato per il detto suo credito, tutti i creditori particolari di esso hanno diritto di essergli sub-collocati in proporzione delle loro ragioni, e non è ammissibile la pretesa che il delegatario sia egli solo sub-collocato con esclusione degli altri. La domanda di sub-collocazione fatta dal delegatario non può riguardarsi come accettazione della delega all'effetto di escludere gli altri creditori particolari del delegante. Ad ogni modo la detta domanda di sub-collocazione, quand'anche potesse riguardarsi come accettazione della delegazione, non avrebbe la efficacia di escludere gli altri creditori particolari del delegante, se non è anteriore alle domande di costoro, ma ad esse contemporanea, per essere state tutte le domande proposte nel medesimo giorno ».

nate secondo le norme superiormente esposte (1). Conseguentemente la sentenza di omologazione dello stato ha il carattere di cosa giudicata in quanto al grado attribuito a ciascun credito; non quanto alla verità e sussistenza sua, a meno che questi requisiti non abbiano formato oggetto di speciale contestazione, la quale sia stata risoluta nella sentenza stessa (2).

La collocazione del credito è una indicazione di pagamento fatta dall'autorità giudiziaria e come tale non produce novazione (3); non attribuisce diritti, ma non ne toglie, compito del magistrato nel giudizio di graduazione essendo soltanto lo stabilire l'ordine di collocazione dei creditori secondo il grado delle collocazioni respettive (4). Le quistioni riguardanti l'ammontare e la stessa sussistenza dei crediti trovano nel successivo giudizio di liquidazione (art. 717 cod. proc. civ.) il loro naturale svolgimento (5).

Ciò non ostante ogni creditore comparso essendo *terzo* di fronte al debitore, e non già *avente causa* da lui, quando impugna le ipoteche da lui consentite a favore di altri creditori (6), ed essendo i diversi creditori terzi gli uno rispetto agli altri (7), le

(1) Cass. Torino, 15 febbraio 1871, *Annali di giur. it.*, V, I, 31; Brescia, 9 luglio 1873, *Giur. tor.*, XI, 628; Bologna, 28 decembre 1891, *Riv. bol.*, XX, 42; Genova, 9 maggio 1890, *Temi gen.*, II, 308.

(2) Modena, 9 decembre 1881, 17 febbraio 1882, *Gazz. leg.*, VI, 199, *Mon. trib. Mil.*, XXIII, 911; Cass. Torino, 31 decembre 1884, *Gior. tor.*, XXII, 147; Cass. Torino, 24 novembre 1880, *Giur. tor.*, XVIII, 141; Bologna, 11 luglio 1870, *Annali di giur. it.*, III, 410.

(3) Cass. Torino, 16 maggio 1887, *Annali di giur. it.*, XI, I, 294; 14 gennaio 1881, *Giur. it.*, XXXIII, I, 1, 206.

(4) Trani, 16 novembre 1891, *Pisanelli*, I, 359; Cass. Torino, 2 maggio 1891, *Giur. tor.*, XXVIII, 344; Roma, 4 aprile 1891, *Temi rom.*, XI, 113.

(5) Bologna, 11 luglio 1890, *Filangieri*, XVI, 214; Cass. Torino, 29 marzo 1890, *Giur. tor.*, XXVII, 376.

(6) Cass. Roma, 20 maggio 1889, *Annali di giur. it.*, XXIII, I, 497.

(7) Bologna, 11 maggio 1874, *Riv. bol.*, II, 174; Cass. Torino, 3 febbraio 1874, *Annali cit.*, IX, I, 451. È però controversa la questione se si possa im-

contestazioni sulla validità delle iscrizioni respettive, e delle relative annotazioni e postergazioni, non possono essere proposte altro che in sede di graduazione (1).

C.

Della ipoteca costituita per sicurezza di crediti futuri.

SOMMARIO

558. Una specie di collocazione di crediti eventuale che merita particolare esame è quella dei crediti futuri dipendenti dalla così detta apertura di credito garentita con ipoteca. Osservammo già nel volume I di questo trattato che pel chiaro disposto dell' art. 2007 ultimo inciso del cod. civ. e per i principii comunemente ammessi dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per la validità iniziale della ipoteca non è necessaria la contemporanea o precedente esistenza del credito, e osservammo pure che tale validità non è neppure collegata ad un formale impegno della persona o della ditta a cui favore la ipoteca è costituita, l' impegno essendo implicito nel fatto di prendere iscrizione sui beni del debitore per sicurezza di future somministrazioni (Vol. I, numeri 247, 248); osservammo finalmente che una ipoteca iscritta per sicurezza di crediti futuri, valida fino dal momento della sua iscri-

---

pugnare la validità di una iscrizione senza attendere il giudizio di graduazione: è a parer nostro una questione di mero fatto, la cui soluzione dipende dal vedere se vi sia interesse attuale ad impugnarla. V. però: Milano, 19 luglio 1871, *Mon. trib. Mil.*, XII, 710.

(1) « Il creditore ipotecario ha diritto di tutelare il suo *jus in re* contro « ogni atto, anche del debitore, che lo possa pregiudicare, quindi nel giudizio « di distribuzione del prezzo del fondo iscritto, egli può opporre i vizi di cui « fossero infetti i titoli a lui anteriori ». Cass. Torino, 16 luglio 1874, *Mon. trib. Mil.*, XV, 998.

zione, è però subordinata nel suo effetto utile alla prova della sussistenza del credito al momento in cui l' azione ipotecaria si esercita (Vol. I, n. 250) (1).

È ora necessario di trarre le necessarie conseguenze per ciò che attiene alla collocazione: riguardo alla quale è necessariamente da distinguere secondo che al momento in cui si distribuisce il prezzo dei beni ipotecati il credito che non era ancora sorto quando fu presa l' iscrizione, è sorto o no, ed in caso che sia sorto, è liquido o illiquido. Se non è sorto, l' ipoteca resta senza valore alcuno, non ostante la sua iniziale validità, la quale era condizionale, subordinata cioè alla condizione che il credito fosse per sorgere; se è sorto ed è liquidato, o liquidabile nello stesso giudizio di graduazione, con la semplice produzione di titoli o di conteggi, la collocazione sarà definitiva ed avrà luogo per tutta la somma dovuta nei limiti della iscrizione presa e conservata (2); se poi è sorto, ma non è liquidato, nè facilmente liquidabile, la collocazione non potrà essere che eventuale e non impedirà la collocazione dei creditori posteriori con cauzione *de restituendo* secondo le norme già illustrate dell' art. 2091 cod. civ. (3). Data

(1) Alle decisioni citate nel Vol. I, molte possono aggiungersene per quanto si tratti di una questione la quale nelle sue linee generali può dirsi ormai risoluta in modo uniforme da tutte quante le corti italiane: ne citiamo alcune: Cass. Torino, 14 febbraio 1878, *Annali di giur. it.*, XII, I, 1, 415; Casale, 14 maggio 1878, *Foro it.*, III, I, 615; Cass. Firenze, 5 luglio 1880, *Foro it.*, V, 691; Cass. Firenze, 23 febbraio 1885, *Temi ven.*, X, 212; Casale, 19 aprile 1886, *Foro it.*, XI, I, 1112; Cass. Torino, 8 marzo 1880, *Annali cit.*, XIV, I, 1, 87; Catania, 26 aprile 1880, *Giur. it.*, XXXII, I, 2, 552; Casale, 8 febbraio 1881, *Annali*, XV, III, 238; Catania, 8 aprile 1885, *Mon. trib. Mil.*, XXVI, 1077; Cass. Torino, 31 decembre 1886, *Legge*, XXVII, I, 624; Cass. Torino, 7 febbraio 1888, *Giur. tor.*, XXV, 249; Cass. Torino, 26 giugno 1894, *Giur. tor.*, 1894, 712; Cass. Firenze, 6 aprile 1893, *Annali cit.*, 1893, I, 271.

(2) Cass. Napoli, 14 luglio 1893, *Movim. giur.*, 1893, 468.

(3) Cass. Firenze, 23 marzo 1885, *Legge*, XXV, I, 821.

l'apertura di credito e il contratto di conto corrente al quale essa dà luogo, sia che si tratti di somministrazioni di danaro o di merci, di sconti diretti di titoli cambiari o di semplici firme d'avallo, per la collocazione in graduatoria non può attendersi che il risultato finale: se questo è noto e concordato, o accertato in contraddittorio, nello stesso giudizio di graduazione o in sede separata, si ha la collocazione definitiva, imperocchè la ipoteca può spiegare tutto il suo effetto utile; ma se il resultato è ignoto o contrastato, se per dirimere il contrasto occorrono lunghe indagini, che non possono ritardare il pagamento dei crediti evidentemente anteriori e certi, la legge offre con la collocazione eventuale il mezzo di dirimere ogni difficoltà.

559. Molte questioni si affollano a questo punto: quale influenza può spiegare la proroga del contratto di apertura di credito sull'efficacia e sulla estensione della ipoteca? quali sono le operazioni garentite, data la natura della presa iscrizione? quale la soluzione da darsi al grave problema se la ipoteca iscritta per sicurezza di un conto corrente cambiario, attribuisca diritto a collocazione al solo creditore iscritto, o ancora ai successivi possessori degli effetti posti in circolazione? Si tratta però di questioni attinenti al diritto commerciale, che non possono trovare nel presente trattato acconcio svolgimento. Noi ci limitiamo ad enunciare il principio regolatore della materia, che altro non è se non l'applicazione dei più generali e fondamentali principii della pubblicità e della specialità che governano e dominano tutto quanto il sistema ipotecario; il principio è questo, che la efficacia e la comprensione della ipoteca si determinano di fronte ai terzi dalla iscrizione e non dal titolo del credito (1). In conseguenza di fronte alle singole questioni che nella pratica si presentano alla sua cognizione, il magistrato deve sopra tutto e prima di ogni altra cosa

(1) Cass. Torino, 15 aprile 1891, *Foro it.*, 1895, I, 930.

verificare e ricercare se dal tenore della iscrizione i terzi erano posti in grado di conoscere e di valutare la natura e la estensione del vincolo ipotecario precedentemente iscritto (1).

SEZIONE III

COLLOCAZIONE DEGLI ACCESSORI DEL CREDITO.

SOMMARIO

560. La importante materia della collocazione degli accessori del credito è governata dall' art. 2010 cod. civ. che è del tenore seguente: « L' iscrizione del credito serve per far collocare allo « stesso grado le spese dell' atto, quelle dell' iscrizione e rinnova- « zione, e quelle ordinarie che possono occorrere per la collocazione « nel giudizio di graduazione. — L' iscrizione di un capitale che « produce interessi, se la misura di questi vi è enunciata, serve « inoltre per far collocare allo stesso grado gl' interessi dovuti per « le due annate anteriori e quella in corso al giorno della trascri- « zione del precetto fatta a norma dell'art. 2085, oltre agli interessi « successivi, senza pregiudizio delle iscrizioni particolari prese per

(1) In argomento può consultarsi utilmente la dotta monografia pubblicata ultimamente da NAVARRINI nell'*Archivio giuridico* « FILIPPO SERAFINI » Nuova Serie, Vol. I, Fasc. 2 sotto il titolo: « *L'apertura di credito ipotecario e gli effetti cambiari rilasciati in sua dipendenza* ». La tesi contenuta in questo scritto del giovane ma valoroso giurista è la seguente, che l'ipoteca accesa a garenzia di un' apertura di credito, deve guarentire anche i possessori di titoli emessi in virtù del contratto medesimo e poi negoziati dal creditore iscritto. La tesi è conforme al principio generale posto nell'art. 256 cod. di comm., che la girata trasferisce la proprietà della cambiale e i diritti a questi inerenti; e si adatta senza difficoltà anche al caso dell'avallante e del terzo che pagano per intervento, perchè ha luogo surrogazione legale in loro favore nei diritti dell'iscrivente.

« maggiori arretrati dovuti, le quali hanno effetto dal giorno della « loro data. — Le parti possono anche, con patto espresso, esten- « dere l' ipoteca del credito e gli effetti della medesima a spese « giudiziali maggiori delle sopra accennate, purchè ne sia presa la « corrispondente iscrizione » (1).

---

(1) Il codice civile francese provvedeva per la sola collocazione degl'interessi. Art. 2151: « Le créancier d' un capital produisant intérêts ou arrerages « a droit d'être colloqué pour deux années seulement, et pour l'année courante, « au même rang d' hypothéque que pour son capital ; sans préjudice des in- « scriptions particulières à prendre, portant hypothéque à compter de leur « date, pour les arrerages autres que ceux conservés par la première iscrip- « tion ». In modo identico disponevano le leggi civili napoletane, art. 2045. Il regolamento pontificio pose la condizione che fosse enunciata la quantità dell'annuo interesse (art. 181) e provvide anco per la collocazione delle spese nel grado del credito. Art. 182: « Ha inoltre diritto il creditore di essere col- « locato nello stesso grado del credito principale quanto alle spese della iscri- « zione ed a quelle fatte per procurarsi i documenti necessari a comprovare il « suo credito, per la loro produzione, e per ottenere, quando occorra, la sen- « tenza di condanna ». Analogamente disponeva il cod. albertino sostituendo però alla espressione soggettiva « *il creditore ha diritto* ecc. » la espressione oggettiva « *l'iscrizione serve* ecc. » mantenuta nell'art. 2010 cod. civ. Non richiedeva però la enunciazione della misura degli interessi (art. 2237). Il codice parmense dava diritto al creditore di ottenere collocazione nel grado del capitale per cinque annate d' interessi, al saggio convenzionale se nella iscrizione era enunciata la misura, al saggio legale del cinque per cento se non era enunciata, purchè il credito fosse in modo generico dichiarato fruttifero (art. 2215, 2217) ; per le spese provvedeva come il regolamento pontificio e il codice albertino (art. 2218).

Identiche erano le disposizioni del codice estense (art. 2219, 2220, 2221); soltanto la collocazione era limitata al triennio.

Singolari le disposizioni della legge ipotecaria toscana, nella quale si dava facoltà alle parti di estendere l' effetto dell'ipoteca a maggiore arretrato d'interessi oltre quello collocabile *ope legis* nel grado del capitale. È utile riportare integralmente le relative disposizioni. Art. 108: « L'inscrizione di un ca- « pitale come fruttifero comprende per sè medesima, senza bisogno di altra « dichiarazione o nota, un cumulo di tre annate qualunque di frutti e quelli « della corrente. ed è utile all'inscrivente per detti frutti, egualmente che per

L' articolo costituisce una deroga al principio generale enunciato nell' art. 1965 cod. civ. (1). Sebbene l' ipoteca non abbia effetto se non è resa pubblica, e non possa sussistere che sopra beni specialmente indicati e per somma determinata in danaro, pur non di meno in virtù dell' art. 2010 la iscrizione presa per il credito serve per far collocare nello stesso grado del credito le spese di cui è parola nell' articolo stesso; e se il credito è di un capitale, se cioè si tratta di un credito fruttifero, l' iscrizione

« la sorte ». Art. 109: « Per un maggior cumulo di annate che venga a formarsi « si rende necessario al creditore di inscriverlo particolarmente, ma la iscri- « zione in questo caso opera soltanto dal giorno in cui è presa ». Art. 110: « Non è impedito però alle parti contraenti di estendere la ipoteca del capitale « e tutti gli effetti della medesima anche ad un cumulo di annate di frutti « *maggiore del triennio*, quando ne formino un patto speciale e ne prendano la « corrispondente iscrizione ». Art. 112: « Se alla enunciazione che il capitale « è fruttifero, espressa nella nota ipotecaria, non è stata aggiunta la misura « del frutto, il frutto stesso, quantunque convenuto in maggior somma, si con- « sidera indistintamente e si valuta alla sola ragione del cinque per cento; sta « poi fermo il patto con cui è tassato ad un frutto minore ». Quanto alle spese la legge toscana disponeva in modo analogo alle altre legislazioni sopra citate (art. 113) meglio precisando la estensione della ipoteca e circoscrivendola: 1.° Alle spese dell' atto. 2.° A quelle della iscrizione. 3.° A quelle occorrenti per la collocazione nel giudizio di graduazione. È la disposizione che si trova riprodotta nell' art. 2010 principio cod. civ. Il secondo capoverso dello stesso articolo ammette quella facoltà di estendere per patto speciale a *maggiori spese* la efficacia della iscrizione, che nella legge toscana era data per estenderla *a un maggior cumulo di frutti*. Di veramente nuovo nell'art. 2010 cod. civ., oltre questa facoltà del secondo capoverso, vi è la distinzione fra interessi scaduti anteriormente alla trascrizione del precetto e interessi successivi. I codici e le leggi anteriori non contenevano tale distinzione, dando luogo a gravi difficoltà nella pratica. È pure una novità la enunciazione della misura dell' interesse come condizione della collocazione degli arretrati nel grado stesso del capitale: la dichiarazione generica che il credito è fruttifero, non accompagnata da tale enunciazione, è priva di effetto.

(1) Brescia, 17 aprile 1875, *Mon. trib. Mil.*, XIV, 631; Firenze, 3 maggio 1869, *Annali di giur. it.*, III, 2, 386; Cass. Roma, 8 giugno 1892, *Corte supr.*, XVII, 2, 322.

presa per il capitale serve pure per far collocare nello stesso grado le due annate anteriori e quella in corso al giorno della trascrizione del precetto, non che gl' interessi successivi. Il legislatore ha con ciò voluto conciliare il principio che gli accessori non possono andar soggetti a trattamento diverso di quello al quale ha diritto il principale, col principio della pubblicità e specialità in materia ipotecaria. Ammettendo la collocazione di qualunque spesa, anco eccessiva e sproporzionata all' entità del credito, si sarebbe ferito troppo gravemente quell' ultimo principio, diretto ad assicurare la stabilità del credito fondiario e a tutelare l' interesse dei terzi; ma non ammettendo collocazione alcuna di crediti accessori nel grado del credito principale, si sarebbe recato una mortale ed ingiusta offesa all' altro principio superiormente esposto. La disposizione in esame opportunamente accorda ai due principii la considerazione che è dovuta a ciascuno di essi, cercando di conciliarli e di farli coesistere. Di ciò niuno può muovere lamento. Non il creditore, che vede per la disposizione stessa ristretta la sua collocazione nei limiti fissati dall' art. 2010, essendo in suo potere di prendere speciale iscrizione per spese maggiori di quelle contemplate nello stesso articolo, e di non lasciare accumulare un arretrato superiore al triennio senza tutelare con la trascrizione del precetto il proprio interesse. Non possono d' altra parte muoverne lamento i creditori che ottengono collocazione posteriore, ipotecari o chirografari che siano, perchè, circoscritta entro i limiti fissati dall' art. 2010, la collocazione degli accessori non può arrecare loro un danno apprezzabile (1).

L' ipoteca opera, per ciò che riguarda gli accessori, anco

---

(1) Tutti quanti gli scrittori, spiegando il concetto fondamentale dell'art. 2010, partono dal minimo pregiudizio arrecato per esso al principio della pubblicità e specialità della ipoteca per la relativa esiguità delle somme collocate e per la loro normale prevedibilità. Melucci, *op. cit.*, Lez. XXIII, n. 6; Po-

senza speciale iscrizione per somma determinata; ma opera entro limiti ben definiti. Chi volendo assicurare un suo credito sopra un immobile lo riscontra gravato da una ipoteca anteriormente iscritta, calcola che questa può avere effetto per le spese e per tre annate d'interessi, e su questo calcolo facilissimo regola il nuovo credito da accordarsi al debitore. Vi è diritto, è vero, oltre che alla collocazione delle tre annate, a quella degli interessi successivi alla trascrizione; ma se da un lato aumenta per questi l'ammontare del credito, aumentano dall'altro, nel concetto del legislatore, gli assegnamenti che cadono in distribuzione, essendo posti sotto sequestro i frutti dell'immobile ipotecato per essere distribuiti unitamente al prezzo dell'immobile stesso (1). A ciò che può avere d'illusorio la disposizione della legge a questo proposito, in quanto ammette che il debitore rimanga in possesso dei frutti come sequestratario giudiziale, è apprestato efficace riparo con dare facoltà al tribunale di nominare, sull'istanza di uno o più creditori, un sequestratario diverso (art. 2085 cod. civ.).

Si argomenta da quanto fin qui abbiamo accennato intorno allo scopo e al contenuto dell'articolo in esame, che esso costituisce una eccezione al principio generale in virtù del quale gli interessi, come accessori del capitale, dovrebbero essere collocati nel grado stesso a questo spettante senza riguardo alcuno al tempo più o meno lungo pel quale fossero dovuti (2).

CHINTESTA, *op. cit.*, II, 329; MIRABELLI, *Ipoteche*, pag. 111; PACIFICI-MAZZONI, *Priv. e ipot.*, II, 13. V. ancora la dotta sentenza della corte d'appello di Firenze, 3 maggio 1869, *Annali*, III, 2, 386, riportata da PACIFICI-MAZZONI e da POCHINTESTA nella parte in cui spiegano ed illustrano i motivi e lo spirito dell'art. 2010.

(1) In questo senso giustamente osservò la Cass. napoletana nella sentenza 30 marzo 1881 (*Legge*, XXI, II, 553) che l'art. 2010 ha per base il sequestro giudiziale derivante dalla trascrizione del precetto immobiliare.

(2) Così insegnavano infatti i giureconsulti romani, i quali non ebbero,

Trarremo a suo tempo da questa fondamentale osservazione le necessarie conseguenze in riguardo alla interpretazione restrit-

---

come l'hanno i moderni, una nozione esatta del *diritto dei terzi*. L. 17 D. *qui potior. in pignor.* (XX, 4): « Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris, « acceptis pignoribus, eidemque debitori Maevius sub iisdem pignoribus pecu- « niam dedit: quaero, an Titius non tantum sortis, et earum usurarum nomine, « quae accesserunt antequam Maevius crederet, sed etiam earum quae postea « accesserunt, potior esset? Respondit, Lucium Titium in omne, quod ei de- « betur, potiorem esse ». V. ancora S. 12, § 6 h. t. Le usure erano un accessorio del credito e ne seguivano la sorte: il pegno e la ipoteca valevano anche per esse, e il creditore aveva diritto di profittare della garenzia accordatagli per tutto ciò che gli era dovuto, a meno che non fosse stipulata apposita restrizione (Arndts-Serafini, *Pandette*, § 369). È da notare però che anche prima che si facesse strada il sentimento della necessità di proteggere l'interesse dei terzi, e dal medesimo scaturisse il grande principio della pubblicità e specialità della ipoteca, si comprese da molti e in molti luoghi quanto vi era di eccessivo nell'accordare al creditore ipotecario collocazione per un numero illimitato di annate d'interessi scaduti. Il Troplong (*Priv. et hyp.*, 696) attesta che nell'antico diritto francese alcuni parlamenti, a differenza di altri, non ammettevano il credito per interessi a godere della ipoteca costituita per sicurezza del capitale: « Dans l'ancien droit les intérêts, étant l'accessoire du principal, « étaient de droit commun au même rang d'hypothèque que la créance. Basnage « atteste que c'était la jurisprudence du parlement de Paris, et c'est aussi ce « que nous apprennent Brodeau sur Louet et Bouguier. Mais au parlement de « Normandie on suivait une jurisprudence contraire. On pensait que les inté- « rêts, étant le peine de la contumace du débiteur, ne pouvaient avoir une « hypothéque anterieure à leur existence, et que, par conséquent, l'hypothéque « ne devait prendre date que du jour de la demande dirigée contre le debiteur « rétardataire ». Il Mirabelli (*Diritto dei terzi*, I, pag. 48) con molta acutezza ricorda quanto riferisce il Voet (*Ad Pandectas*. XX, 4, 27), che cioè nella sua regione si concedeva la prelazione degl'interessi nello stesso grado del capitale per soli tre anni, mentre per gli altri anni si aveva a concorrere con i chirografari, affinchè i creditori anteriori non fossero negligenti ad esigere gl'interessi con pregiudizio dei posteriori. La prelazione aveva luogo per un sessennio in Amsterdam, e per un anno soltanto a Lubecca. Il Richeri (*Jurispr. univ.*, § 1364, lib. III) attesta esso pure che per le Costituzioni vigenti in Piemonte nel secolo passato era ammessa la collocazione di un quinquennio d'interessi e non più.

tiva da darsi all'art. 2010; frattanto, per procedere con ordine e con chiarezza, dobbiamo parlare in paragrafi separati delle spese e degli interessi.

§ I.

Delle spese.

SOMMARIO

561. Enumerazione delle spese garantite per disposto di legge dalla iscrizione del credito — 562. Spese dell'atto — 563. Spese d'iscrizione e rinnovazione dell' ipoteca. Spese ordinarie di collocazione — 564. Rimborso della tassa di ricchezza mobile.

561. La iscrizione del credito serve per far collocare nello stesso grado alcune spese che del credito sono evidentemente un accessorio.

Qui non si tratta, come nel caso dell' art. 1961 cod. civ., di spese fatte nell' interesse comune dei creditori, le quali, appunto perchè fatte nell' interesse comune, godono di privilegio: si tratta di spese fatte nell' interesse esclusivo del creditore ipotecario, che ottiene collocazione del credito, le quali sono collocate nel grado stesso spettante al credito, perchè ne formano parte integrante.

Quantunque non ne sia fatta indicazione neppure generica nell' atto costitutivo dell' ipoteca e nell' iscrizione, le spese di cui si tratta sono graduabili insieme col capitale (1), semprechè il creditore ne domandi pagamento e dimostri che gli sono dovute (2); ciò non avviene di frequente, meno che per le spese di collocazione, perchè ordinariamente le spese dell'atto si pagano dal debitore quando l'atto è posto in essere, e lo stesso accade per le

(1) Casale, 5 agosto 1892, *Giur. cas.*, XIII, 173.

(2) Giustamente la corte di cass. di Torino decise in questo senso che le spese dell' atto non devono essere collocate se il creditore non ne fa espressa domanda. Sentenza del 7 marzo 1883, *Giur. tor.*, XX, 493.

spese della iscrizione. Ed è questa la ragione per cui la giurisprudenza ha poche decisioni in proposito.

Gli scrittori si accordano nel dire che la enumerazione è tassativa (1); sono dovute pertanto le spese dell'atto, non quelle di un pagamento con surrogazione (2), o di una multa pagata per la registrazione dell'atto stesso (3); sono dovute le spese di collocazione, non quelle di atti giudiziali fatti per far dichiarare la sussistenza del credito contrastato dal debitore (4); nè quelle degl'incidenti sollevati nel corso del giudizio di graduazione (5), nè quelle delle liti sostenute dai singoli creditori per far valere i proprii diritti (6), come sarebbero le spese incontrate da una moglie per ottenere la sentenza di separazione della dote dai beni del marito (7).

562. La espressione « *spese dell'atto* » richiede particolare svolgimento, essendo necessario distinguere se la ipoteca nasce da convenzione, da sentenza, o da disposizione di legge.

Se la ipoteca nasce da convenzione, la espressione « *spese dell'atto* » deve evidentemente estendersi tanto a quelle di dichiarazione del credito, quanto a quelle di costituzione della ipoteca, dato che l'una e l'altra siano avvenute in uno stesso contesto. Che dire del caso in cui la ipoteca è stata costituita per un credito preesistente? « *Spese dell'atto* » sono in questo caso quelle

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 12; Pochintesta, *op. cit.*, II, 330.

(2) Cass. Torino, 10 aprile 1883, *Legge*, XXV, II, 228.

(3) Torino, 17 marzo 1877, *Giur. tor.*, XIX, 466.

(4) Venezia, 17 giugno 1873, *Giur. it.*, XXV, II, 479.

(5) Genova, 6 giugno 1890, *Temi gen.*, II, 459.

(6) Catania, 21 settembre 1891, *Giur. it.*, 1891, II, 739.

(7) Il Pochintesta (*op.* e *loc. cit.*) osserva che queste spese non rientrano fra le ragioni guarentite dall'ipoteca dotale e cita in questo senso, due decisioni rese in ordine al cod. albertino, art. 2237: Torino, 5 settembre 1864, *Giur. tor.*, I, 333; Chambery, 22 maggio 1857, *Gazz. trib. Genova*, 1858, 357.

della costituzione della ipoteca, o quelle anteriori di dichiarazione del credito; oppure la espressione comprende le une e le altre?

Un nostro scrittore insegna che se la costituzione ipotecaria accade posteriormente alla costituzione del credito, le spese dell'atto, di cui all'art. 2010, non possono essere che quelle di costituzione dell'ipoteca, « non vi essendo ragione di estendere « retroattivamente il beneficio della prelazione a spese che nac« quero senza la possibilità di una simile pretesa per parte del « creditore e che già si erano prodotte come un credito distinto « dal credito capitale » (1). Ma vi sono delle ragioni di dubitare « di questa soluzione: anco il credito principale in origine non era garantito da ipoteca, eppure in seguito si convenne di garantirlo; come può dirsi che le spese dell'atto si erano già prodotte come un credito distinto dal credito capitale, mentre è risaputo, ed è ammesso da tutti, e anche dal citato scrittore, che ne costituiscono un accessorio e ne fanno parte? Nè vale aggiungere che le parti, avendo in seguito stipulato la ipoteca a garanzia del credito, e non delle spese, « hanno mostrato di continuare a man« tenerli distinti, e quindi ciascuno con la propria fisonomia giuri« dica, chirografaria o ipotecaria ». L'argomento prova troppo; anche quando la ipoteca è costituita nell'atto dichiarativo del credito, quantunque le parti abbiano stipulata l'ipoteca pel credito e non per le spese, la legge dichiara queste prelevabili con lo stesso grado; se le spese dell'atto sono un accessorio, non possono avere una fisonomia giuridica distinta; non possono costituire un semplice credito chirografario se è ipotecario il credito di cui sono parte integrante. Si avverta che esprimiamo dei semplici dubbii, non intendiamo presentare una vera confutazione, perchè riteniamo che nella pratica la soluzione proposta dal citato scrittore sarebbe ammessa senza difficoltà.

Se si tratta d'ipoteca giudiziale, si devono considerare come

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXIII, n. 7.

« *spese dell'atto* », graduabili insieme al credito, quelle della sentenza e della sua registrazione, non quelle della lite occorsa per ottenere la condanna del debitore; per queste il creditore è ammesso a prendere iscrizione speciale se il succombente fu condannato a pagarle, ma la iscrizione presa pel credito non servirebbe a fargli ottenere collocazione nello stesso grado, stante il carattere tassativo e restrittivo della disposizione dell'art. 2010.

La legge non dice « *spese del contratto* », dice « *spese dell'atto* »; anco una sentenza è un atto e la spesa strettamente necessaria per essa può essere compresa in tale espressione; ma la causa non è un « *atto* »; la citazione introduttiva, la iscrizione al ruolo, le comparse, i mezzi istruttorii, non rientrano indubbiamente nella lettera e nello spirito della legge.

Riguardo alle ipoteche legali di atto non può parlarsi avendo esse il loro titolo costitutivo nella stessa legge.

Le spese degli atti di vendita o di divisione, in virtù dei quali venisse iscritta la ipoteca legale dell' alienante o del condividente, non possono essere garantite con la relativa iscrizione senza un patto espresso, che verrebbe ad aggiungere una ipoteca convenzionale a quella nascente dalla stessa legge. Lo stesso sarebbe da dire delle altre ipoteche legali, configurando casi speciali di crediti sorti in occasione degli atti che dànno loro origine.

563. Oltre alle spese dell'atto sono collocate nel grado stesso del credito le spese d'iscrizione e sua rinnovazione e quelle ordinarie occorrenti per la collocazione in graduatoria.

Quanto alle prime è da osservare che godono della prelazione nascente dal disposto di legge non soltanto le spese di tasse ipotecarie pagate all' ufficio di conservazione, ma anco le spese occorse per la formazione delle note di cui agli articoli 1987, 2005 cod. civ., e per la spedizione e legalizzazione dei documenti da presentarsi per ottenere l' iscrizione, sia che deb-

bano restare depositati nell' ufficio, sia che debbano restituirsi alla parte richiedente secondo la diversità dei casi (1).

Quanto alle spese di collocazione, la qualifica di « *ordinarie* » adoperata dal legislatore, elimina ogni difficoltà; si tratta delle così dette « *spese del grado* », solite tassarsi a favore del procuratore che ha presentato la domanda in cifra costante, che secondo la pratica invalsa presso i tribunali non supera per ogni collocazione le lire cento.

Se per ottenere pagamento del credito il creditore deve sottostare a spese maggiori, che in contrapposto a quelle contemplate nell' art. 2010 possono dirsi straordinarie, la iscrizione del credito non serve per farle collocare nello stesso grado; occorre per ciò una iscrizione particolare, la quale può essere presa preventivamente, per accordo delle parti, o può esser presa in epoca posteriore quando le maggiori spese sono state incontrate; ma in questo secondo caso si ha un' ipoteca separata la quale prende grado dal momento della sua iscrizione, secondo le norme superiormente esposte. Nel primo caso poi si ha la ipotesi contemplata nel capoverso dell' art. 2010, la quale riguarda unicamente l'ipoteca convenzionale; ma anco procedendo ad iscrivere una ipoteca legale o giudiziale, il creditore può garantirsi per una cifra di spese eventuali maggiore di quella che l' art. 2010 dichiara graduabile unitamente al credito valendosi della facoltà concessagli dall' art. 1997 capov. cod. civ. La differenza fra i due casi consiste soltanto in ciò, che se la maggiore somma di spese è iscritta per patto espresso, non se ne può domandare la riduzione; mentre la riduzione può domandarsi se l' iscrizione è opera esclusiva del creditore (art. 2025 cod. civ.).

564. Il rimborso della tassa di ricchezza mobile, quasi sempre pattuito nei contratti di mutuo, non è garantito in virtù di

(1) MELUCCI, *op.* e *loc. cit.*

legge con l'iscrizione del credito quantunque si risolva in un aumento dell'interesse. Invero fu giudicato che questo rimborso non è un accessorio del credito, e che per conseguenza non può essere collocato nel grado spettante al credito stesso (1); non basterebbe che l'iscrizione fosse presa per somma maggiore di quella cui ascende il mutuo (2), occorrendo una speciale menzione del patto di rimborso nella iscrizione ipotecaria, e la separata enunciazione della somma corrispondente (3).

§ II.

Degl'interessi.

SOMMARIO

565. La iscrizione del capitale accompagnata dalla enunciazione della misura dell'interesse serve per far collocare le annate indicate dalla legge — 566. Anco se gl'interessi sono dovuti per sentenza o per legge e non per convenzione—567. Annate anteriori alla trascrizione del precetto—568. Annate successive. Limite della collocazione di queste — 569. Interessi posteriori alla liquidazione finale del giudizio di graduazione. Caso della rivendita — 570. Collocazione di crediti infruttiferi. Interessi legali dovuti dall' aggiudicatario — 571. Annualità e prestazioni perpetue e vitalizie — 572. Interessi stipulati a titolo di clausola penale — 573. Interessi degli interessi — 574. Iscrizioni particolari per maggiori arretrati dovuti — 575. Divieto di garantire preventivamente nel grado del capitale più di tre annate d'interessi — 576. Continuazione. Contradittorie sentenze delle cassazioni di Firenze e di Roma — 577. Sentenza della cassazione di Napoli su questo argomento — 578. Confutazione della opinione che ritiene valido

---

(1) Cass. Roma, 24 gennaio 1878, *Giur. it.*, XXX, I, 161; Bologna, 20 aprile 1883, *Riv. Bol.*, XI, 141.

(2) Cass. Torino, 23 marzo 1885, *Annali di giur. it.*, XIX, I, 342.

(3) Cass. Roma, 10 decembre 1878, *Annali di giur. it.*, XIII, I, 64; Cass. Roma, 12 decembre 1877, *Gazz. proc.*, XIII, 101. V. però: Cass. Firenze, 28 giugno 1894, *Annali di giur. it.*, XXVIII, I, 442.

il patto contrattuale contrario al divieto — 579. Ipoteca per sicurezza di un credito aperto in conto corrente — 580. Caso degl' interessi riuniti al capitale—581. Estensione della regola dell'art. ad ogni specie d'ipoteca.

565. Come la iscrizione del credito serve per far collocare nello stesso grado certe spese col credito strettamente connesse, la iscrizione del capitale serve per far collocare il limitato numero di annate d'interessi prestabilito nell'art. 2010 cod. civ. Il legislatore ha pensatamente contrapposto all'espressione « *iscrizione del credito* » l' espressione « *iscrizione del capitale* », attribuendo così alla parola capitale il suo vero significato di « *credito che produce interessi* » secondo il concetto generale manifestato, riguardo ai « *frutti civili* » in contrapposto ai « *frutti naturali* », nell' art. 444 cod. civ.

Se la iscrizione è di un credito infruttifero serve unicamente per la collocazione delle spese; se è di un capitale, cioè di un credito fruttifero, serve per la collocazione delle spese e degl'interessi insieme.

A questo secondo oggetto però non basta che il credito sia fruttifero e che tale resulti dal titolo (1), occorre che nella iscrizione sia enunciata la misura degl'interessi, onde i terzi interessati a conoscere la situazione dell'immobile ipotecato siano posti in grado di calcolare esattamente l'aumento che può subire il credito iscritto per l'accumularsi di annualità non soddisfatte.

La dichiarazione generica che il credito è fruttifero, senza specifica indicazione della misura, non servirebbe a far collocare gl'interessi nel grado del capitale (2); ma la specifica indicazione

(1) Napoli, 21 luglio 1875, *Legge*, XV, I, 910; Napoli, 12 aprile 1878, *Mon. trib. Mil.*, 908.

(2) Cass. Napoli, 23 marzo 1882, *Gazz. proc.*, XVII, 342; Torino, 1.° decembre 1884, *Giur. tor.*, XXII, 135.

della misura, anco eccedente quella legale (1), basta perchè sia concessa tale collocazione per tutti gl' interessi dovuti (2), quantunque nessuna somma a titolo d' interessi sia specificata nella iscrizione (3).

Del resto per la indicazione della misura non sono prescritte formule sacramentali. In questo senso fu deciso che la misura degl' interessi è sufficientemente indicata quando nella nota d' iscrizione è dichiarato a quanto ammontano gl' interessi in un triennio, potendosi da siffatta indicazione desumere facilmente il saggio convenuto (4), e fu deciso ancora bastare la dichiarazione che il debitore avrebbe dovuto pagare annualmente una determinata somma (5).

Dichiarato invece infruttifero il credito, non sono da collocare ipotecariamente gl' interessi, quantunque compenetrati nello ammontare del credito iscritto (6); ed enunciato l' interesse in una data misura, la collocazione è dovuta nella misura stessa, quantunque dal titolo appariscano pattuiti gl' interessi in una somma maggiore (7).

Mancando nella iscrizione la dichiarazione che il credito è fruttifero in una data misura, può supplirsi con atto separato di complemento, e con iscrizione suppletiva; ma l' ipoteca prende grado, quanto agl' interessi, dal momento di questa iscrizione, non da quello della iscrizione originaria (8).

---

(1) Torino, 26 maggio 1887, *Giur. it.*, XIX, II, 275; Torino, 2 agosto 1867, *Gazz. trib. Gen.*, XIX, I, 722.

(2) Cass. Roma, 22 aprile 1883, *Annali di giur. it.*, XIX, I, 276.

(3) Cass. Firenze, 1° giugno 1875, *Giur. tor.*, XII, 568.

(4) Cass. Napoli, 9 aprile 1891, *Annali di giur. it.*, XXV, I, 331.

(5) Bologna, 18 maggio 1888, *Riv. bol.*, XVI, 149.

(6) Cass. Torino, 1° maggio 1873, *Giur. it.*, XXX, I, 175.

(7) Roma, 3 decembre 1884, *Temi rom.*, V, 771.

(8) Cass. Roma, 18 gennaio 1884, *Annali di giur. it.*, XVIII, I, 98.

566. È controverso nella patria giurisprudenza se la enunciazione della misura degl' interessi allo speciale oggetto di ottenere collocazione degl' interessi stessi nel grado del capitale sia richiesta quando si tratta d' interessi dovuti, sopra determinati crediti, per espresso disposto di legge e indipendentemente da convenzione delle parti. Alcune corti, fondandosi sulla lettera della legge, hanno ritenuto che la enunciazione della misura nella iscrizione sia sempre necessaria; altre sono andate in contrario concetto, osservando che quando gl' interessi sono dovuti per legge, la legge stessa ne fissa la misura, e perciò non è necessario che questa resulti dal tenore della iscrizione.

Le corti di cassazione di Palermo e di Napoli sono state sempre di avviso che la enunciazione della misura degl' interessi non sia in questo caso speciale necessaria (1); la cassazione di Torino ha ripetutamente deciso il contrario (2); la cassazione di Roma ha avuto per qualche anno una giurisprudenza oscillante, ma poi ha finito per accostarsi alla opinione della cassazione torinese (3); le corti d' appello sono egualmente discordi (4): non

(1) Cass. Napoli, 22 febbraio 1885, *Foro it.*, 1885, I, 775; 25 luglio 1886, *Legge*, XXIX, 1, 244; 12 luglio 1888, *Foro it.*, Rep. 1886, Voce Ipoteca, n. 41; 3 luglio 1892, *Morim. giur.*, 1892, 132; Cass. Palermo, 23 agosto 1887, *Annali di giur. it.*, XXI, I, 528; 6 settembre 1887, *Foro it.*, Rep. 1887, Voce Ipoteca, 44; 13 settembre 1888, *Foro it.*, 1889, I, 155; 13 decembre 1888, *Annali di giur. it.*, XXIII, I, 180.

(2) Sentenze del 20 marzo 1889, *Foro it.*, Rep. 1889, Voce Ipoteca, 34; del 30 novembre 1889, *Annali di giur. it.*, XXIV, I, 105; del 27 ottobre 1887, *Foro it.*, 1888, I, 63.

(3) Con la sua sentenza del 12 maggio 1884 (*Legge*, XXIV, II, 361), la corte suprema di Roma aveva escluso la collocazione degl' interessi legali nel grado del capitale, quando nella iscrizione non era enunciata la misura. L'ammise poi con la sentenza 17 maggio 1887 (*Legge*, XXVII, 435), ma tornò ad escluderla con le più recenti dell' 8 giugno e 24 giugno 1892, *Foro it.*, 1892, I, 841, Rep. 1893, Voce Ipoteca, numeri 39, 40.

(4) Le corti d' appello risentono, siccome è naturale, della discordanza

ha avuto occasione di pronunziarsi, per quanto ne consta, la corte regolatrice fiorentina.

La questione è sorta più spesso in occasione di collocazione del credito dotale della moglie, sia nel caso ordinario di restituzione della dote a lei per morte del marito, e per parte dei di lui eredi, o di restituzione per la sua morte agli eredi di lei per parte del marito, sia nel caso eccezionale di separazione della dote del patrimonio del marito per vendita coatta dei beni sui quali la dote era garantita; ma è sorta ancora, manifestandosi la stessa divergenza di opinioni, in altri casi di collocazione di interessi dovuti *ope legis* indipendentemente da convenzione. Nel senso che sia richiesta, anco in questi casi, nella iscrizione la dichiarazione che il credito è fruttifero in una data misura, si osserva che l'art. 2010 non distingue e che la sua disposizione limitativa è applicabile ad ogni sorta d'ipoteche convenzionali, giudiziali o legali che siano. « Sia pure », disse la corte d'appello di Genova nell'ultima delle ricordate decisioni, « che gli « interessi di cui si tratta decorrano *ipso jure* e siano un acces- « sorio del capitale; ciò non può condurre a conseguenza di- « versa, poichè nel vigente sistema ipotecario, quale è dichia- « rato specialmente negli articoli 1865, 2007, 1987 numeri 4 e 5 « e nel succitato art. 2010 cod. civ., sistema che ha la sua « base nella pubblicità ottenuta mediante la iscrizione, la ipoteca « non ha effetto nè per la sorte nè per il capitale se non è resa « pubblica colla iscrizione, e quindi non solo pel principale, ma « anche per l'accessorio essa deve essere iscritta onde possa avere « efficacia ».

---

delle corti regolatrici. Come la cassazione di Torino giudicarono: Torino, 2 novembre 1888, *Giur. it.*, 1889, II, 26; Genova, 3 marzo 1894, *Foro it.*, 1894, I, 563; Casale, 30 decembre 1885, *Giur. cas.*, VI, 74. Come le cassazioni di Napoli e di Palermo: Roma, 18 febbraio 1888, *Temi rom.*, VIII, 160; Napoli, 3 luglio 1892, *Movim. giur.*, 1892, 132; Casale, 20 decembre 1895, *Foro it.*, 1896, I, 803.

Questi argomenti sembrano a noi inconfutabili, perchè in materia ipotecaria tutto deve resultare dai registri di formalità; e se per eccezione è ammesso che l'iscrizione del capitale serva per far collocare nello stesso grado gl'interessi di cui all'art. 2010, non può prescindersi dalla condizione che dalla iscrizione stessa resulti che si tratta propriamente di un capitale, cioè di un credito fruttifero, e resulti ancora in qual misura gl'interessi sono dovuti. Non basta che questi siano dovuti per legge, come nel caso d'interessi della dote o di interessi moratorii spettanti in virtù di sentenza: il credito deve resultare dalla stessa iscrizione, onde i terzi non siano tratti in inganno; la iscrizione sola dà conto della ipoteca e della sua estensione, e quando la iscrizione è presa pel credito, ma non è dichiarato che il credito è un capitale fruttifero in una data misura, di collocazione degl'interessi nel grado del credito non può parlarsi, perchè i terzi hanno diritto di ritenere che si sia voluta garantire ipotecariamente la sola restituzione del principale e che siasi rinunziato all'ipoteca quanto agl'interessi.

Non vale obbiettare, come fece la corte d'appello di Casale nell'altra recente decisione surricordata, che trattandosi di restituzione o di separazione della dote, gl'interessi sono dovuti di diritto dal patrimonio del marito alla moglie o ai suoi eredi; l'essere dovuti di diritto non vuol dire che siano graduabili insieme al credito dotale, mentre l'ipoteca estende ad essi la sua efficacia, solo quando resulta dalla stessa iscrizione che il credito è fruttifero e che lo è in una data misura (1).

---

(1) Fino da quando pubblicò il suo trattato il POCHINTESTA (1880) la questione era sorta riguardo agl'interessi del debito contratto dal tutore verso l'amministrato in ragione della sua gestione; il citato scrittore censura una sentenza della corte d'appello di Casale del 3 ottobre 1874 (*Annali di giur. it.*, IX, II, 65) che ritenne non richiesta la enunciazione della misura degli interessi, ed approva la contraria decisione della cassazione torinese del 10 giugno

567. Dato adunque che nella iscrizione il credito sia dichiarato fruttifero, e che la misura degl' interessi sia enunciata, la iscrizione del capitale serve per far collocare nello stesso grado un certo numero di annate di interessi. Quali sono queste annate lo dice molto chiaramente il nostro articolo, eliminando le incertezze e le questioni non risolute dalle legislazioni anteriori (1). Sono le due annate anteriori e quella in corso al giorno della trascrizione del precetto fatta a norma dell' art. 2085 e gl' interessi di tutte le annate successive fino al pagamento.

Quanto alle prime la disposizione della legge non presenta speciali difficoltà.

Dato che gli siano dovute più di tre annate scadute al giorno in cui un creditore qualunque trascrive il precetto immobiliare,

---

1874 (*Giur. it.*, XXVI, I, 483). Su questo punto speciale giustamente osserva il MELUCCI (*op. cit.*, Lez. XXV, n. 9) che la disposizione dell'art. 2010 rispetto alla ipoteca legale dei minori e degl' interdetti non può concernere che gl' interessi delle somme delle quali il tutore resulta debitore dal conto finale della tutela. Gl' interessi dei capitali e i frutti di beni che durante la tutela maturano a favore dell'amministrato, entrano volta per volta nel credito dell' amministrazione tutelare protetto dalla ipoteca legale e sono perciò garantiti come somma capitale col grado della iscrizione originaria nei limiti della somma enunciata nella iscrizione.

(1) Osserva a questo riguardo il POCHINTESTA (*op. cit.*, II, 333) che l' articolo 2010 cod. civ. fissando come punto di partenza la trascrizione del precetto, « taglia corto a molte questioni », alle quali davano luogo i codici precedenti. In Francia si era detto persino che se, dopo presa iscrizione, il creditore aveva percetto tre annate d' interessi, il diritto alla collocazione di cui all' art. 2151 cod. civ. fr. era esaurito, e il creditore non aveva per gli anni successivi altro riparo che richiedere nuove iscrizioni senza potere invocare la estensione agl'interessi della iscrizione originaria. Una decisione in questo senso della corte di Rouen fu cassata nell'interesse della legge (PERSIL, sur l'art. 2151, n. 4; GRENIER, *op. cit.*, I, 100; TROPLONG, *op. cit.*, 698). Era persino incerto quale per il cod. francese fosse l' *année courante*, se quella della distribuzione del prezzo, o quella in cui è presentata la domanda di collocazione. Cons. su ciò PONT, *op. cit.*, 1019.

il creditore ipotecario ha diritto a collocazione per tre annate intere, cioè alle due annate scadute in antecedenza, e a quella in corso al giorno della trascrizione senza che si abbia riguardo alla scadenza dell' annata; se poi il credito d'interessi arretrati non supera il limite massimo del triennio, il creditore ipotecario ha diritto di conseguire integrale pagamento di tutto ciò che gli è dovuto.

Il terzo che vede iscritto un capitale, cioè un credito produttivo d'interessi, deve presumere che il creditore li abbia esatti alla loro scadenza annuale o semestrale e che il debitore li abbia pagati con le rendite; può supporre tutto al più che il creditore iscritto abbia tollerato il ritardo del pagamento degli interessi dovutigli per un anno o per due; per conseguenza ha calcolato che il prezzo dell' immobile ipotecato riguardo al quale vuol contrattare non possa essere impegnato a favore del creditore anteriore che per la somma corrispondente al credito aumentato di quelle due annate d'interessi, mentre nell'avanzo del prezzo di detto immobile egli trova di che garentire i diritti che posteriormente vi acquista. Che se invece il creditore primo iscritto potesse trascurare impunemente l'esazione degl'interessi per un numero di annate maggiore, pur conservando sul prezzo dell' immobile la stessa prelazione che gli spetta pel capitale, il creditore secondo iscritto si troverebbe danneggiato e deluso nella sua legittima aspettativa (1).

Con la provvida limitazione alle due annate anteriori e a quella in corso al giorno della trascrizione, il legislatore tende ad eccitare la diligenza dei creditori iscritti, onde non lascino accumulare un numero soverchio di annate arretrate, con danno dei creditori posteriori e dello stesso debitore, che finirebbe per soccombere sotto il cumulo delle annualità da lui dovute; e

---

(1) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XXIV, n. 1.

tende inoltre a evitare in vantaggio dei terzi le collusioni e i fraudolenti accordi, imperocchè, se non vi fosse limite nella collocazione ipotecaria degli interessi, il debitore e il creditore iscritto potrebbero facilmente essere tentati di porsi di accordo per far figurare come non pagate delle annate pagate in realtà, sottraendone l'ammontare agli aventi diritto, e repartendoselo in loro pregiudizio.

Questo per il credito d'interessi maturatosi anteriormente alla trascrizione del precetto. Del credito d'interessi successivi occorre tenere separato discorso.

568. Più volte fu osservato che verificandosi con la trascrizione del precetto immobiliare il sequestro legale delle rendite dei beni investiti col precetto istesso, la collocazione nel grado del capitale degl'interessi successivi alla trascrizione non danneggia sensibilmente i creditori posteriori, perchè se da un lato aumentano le somme attribuite ai creditori anteriormente iscritti, subiscono dall'altro un corrispondente aumento gli assegnamenti distribuibili, essendo i frutti sotto sequestro, e dovendo il loro prezzo essere distribuito unitamente al prezzo dell'immobile ipotecato. Il debitore escusso, che rimane in possesso di questo immobile come sequestratario giudiziale, è tenuto a rendere conto dei frutti da lui percetti dopo avvenuta la trascrizione e la legge dà ai creditori il modo di tutelarsi contro ciò che può avere d'illusorio, in questa parte, il suo disposto, con ammettere che sulle loro istanze possa essere nominato un sequestratario diverso, che presenti le volute garanzie (Art. 2085 Cod. civ.).

Enunciata la misura degl'interessi nella iscrizione, il creditore iscritto ha dunque il diritto a collocazione, non solo per le due annate anteriori e per quella in corso al giorno della trascrizione, ma ancora per le annate successive.

Anco se per le tre annate avesse preso, unitamente al capitale, particolare iscrizione, perchè questa cautela, inutile di fronte al

disposto di legge, non può peggiorare la sua condizione e non può indurre limitazione al diritto di ottenere collocazione degl'interessi successivi (1).

Durante le more forzate del giudizio di espropriazione e del successivo giudizio di graduazione, il creditore, per quanto diligente, è posto nella impossibilità di agire; le rendite sono sotto sequestro ed egli non può pignorarle; la sua inazione è forzata ed è giusto che non ne risenta danno (2). Egli ha perciò diritto alla collocazione degli interessi successivi alla trascrizione fino al giorno della liquidazione in base alla quale viene spedita dalla cancelleria la nota di collocazione del credito a lui spettante; dalla liquidazione in poi, e fino al pagamento, egli ha diritto, non più all' interesse convenzionale o legale sul capitale del suo credito, ma all' interesse legale sull' intero ammontare della nota di collocazione spedita a suo favore, e così tanto del credito principale quanto degli accessorii accumulati sul medesimo, per i quali ha ottenuto utile collocazione (3).

---

(1) Cass. Napoli, 9 aprile 1891, *Annali di giur. it.*, XXV, I, 331; Cass. Firenze, 21 giugno 1890, *Annali cit.*, XXV, I, 206.

(2) La Corte d' appello di Brescia accordò la collocazione degl' interessi successivi alla trascrizione in un caso in cui la domanda di espropriazione era rimasta sospesa per più di un anno, ma poi era stata ripresa e condotta a termine senza eccezione per parte degli interessati (Sentenza del 23 decembre 1880, *Mon. trib. Mil.*, XXIII, 567). In quel caso speciale la massima era giusta; ma di regola, se l' istanza di espropriazione è stata abbandonata per lo spazio di un anno, cessano gli effetti della trascrizione, fra i quali è compreso lo speciale effetto di cui all'art. 2010 cod. civ.

(3) Il Melucci (*op. cit.*, Lez. XXIV, n. 2) dice che gl'interessi convenzionali sono dovuti al creditore utilmente collocato sino all' *effettivo pagamento del suo credito*; ma la locuzione non è esatta. In realtà sono dovuti sino alla *liquidazione* di cui all' art. 717 cod. proc. civ. con la quale si chiudono i singoli conti. Dopo questa operazione finale il cancelliere, per lo stesso articolo, spedisce le note le quali hanno forza di titolo esecutivo contro il compratore; questi è tenuto a pagare nei cinque giorni dalla notificazione delle note (art. 718).

All'oggetto di diminuire il danno che risentono i creditori ultimi iscritti pel soverchio prolungarsi del giudizio di graduazione, quando l'interesse convenzionale dovuto ai creditori anteriori supera il saggio dell'interesse legale dovuto dall'aggiudicatario dei beni il cui prezzo cade in distribuzione, si era determinata, nella patria giurisprudenza, come di sopra osservammo, una corrente in virtù della quale gli effetti della liquidazione che pone termine al giudizio di graduazione si sarebbero retrotratti al giorno dell'aggiudicazione definitiva (Sopra n. 542, pag. 357). Ma prevalse la opinione contraria, la quale è la sola che meriti accoglienza (1).

Nell'intervallo fra la liquidazione e il pagamento, intervallo che di regola è assai breve, non è dovuto l'interesse convenzionale sul capitale, ma l'interesse legale sull'intero credito capitalizzato nella nota, che rappresenta, per il compratore tenuto a pagarla, tanta rata di prezzo.

(1) Alle decisioni citate di sopra a pag. 358 in nota sono da aggiungere, nel senso della giurisprudenza prevalente, le seguenti: Venezia, 11 ottobre 1881, *Temi ven.*, VI, 560; Cass. Torino, 28 maggio 1887, *Giur. tor.*, XXIV, 575; Torino, 6 marzo 1888, *Giur. tor.*, XXV, 355; Cass. Torino, 5 decembre 1888, *Annali di giur. it.*, XXVI, I, 113; Firenze, 21 giugno 1890, *Annali cit.*, XXIV, III, 334; Cass. Firenze, 18 marzo 1891, *Annali cit.*, XXV, I, 206; Cass. Napoli, 9 aprile 1891, *Annali cit.*, XXV, I, 331; Modena, 11 febbraio 1878, *Mon. trib. Mil.*, XIX, 425; Perugia, 4 maggio 1881, *Annali di giur. it.*, XV, III, 588; Genova, 16 decembre 1881, *Annali cit.*, III, 111; Bologna, 24 febbraio 1882, *Annali cit.*, XVI, III, 221; Cass. Roma, 30 gennaio 1886, *Annali cit.*, XX, I, 107; Cass. Torino, 17 agosto 1886, *Annali cit.*, XX, I, 557. La opinione che gl'interessi convenzionali fossero dovuti soltanto fino all'aggiudicazione, e che da questa in poi fossero dovuti gl'interessi legali, oltre che dalla corte di Venezia e dal Tribunale di Salerno nelle decisioni citate a pag. 357 in nota, fu seguita un tempo dalla corte di cassazione (sentenza del 19 gennaio 1882, *Annali di giur. it.*, XVI, I, 7) e dalla corte d'appello di Firenze (sentenza del 10 gennaio 1889, *Annali cit.*, XXIII, III, 66). Queste due corti seguirono anche una opinione intermedia, giudicando in due decisioni isolate che gl'interessi convenzionali fossero dovuti fino al giorno della omologazione dello stato dei gradi e che dopo quel giorno fosse dovuto l'interesse legale. Cass. Firenze, 4 aprile 1881, *Annali di giur. it.*, XV, I, 142; Firenze, 29 agosto 1884, *Annali cit.*, XIX, III, 22.

In appoggio alla opinione che gl' interessi convenzionali siano dovuti al creditore ipotecario soltanto fino al giorno della vendita coatta dell' immobile ipotecato si dice che « il vero scopo della « ipoteca, in quanto costituisce un gius reale, che affetta l' im- « mobile e assicura al creditore la facoltà di farlo vendere per pa- « garsi col suo valore, non può ravvisarsi raggiunto col pagamento « del credito, ma sì bene con l' espropriazione, ossia con quella « vendita coatta, in grazia della quale ciascuno dei creditori iscritti « si trova surrogato, per tanta quota corrispondente al suo credito, « sul credito del prezzo dovuto dall' acquirente o liberatario (1); si dice ancora che al momento della vendita sorge nei creditori collocati un'azione personale *ex vendito* contro il deliberatario, da cui perciò hanno diritto soltanto a conseguire il pagamento del prezzo d' incanto, ciascuno per la parte che gli spetta, e gl' interessi legali su quel prezzo e in proporzione di questa parte; ci sarebbe in sostanza una novazione, venendosi a sostituire all'antico un nuovo debitore ed all' antico debito, che rimarrebbe estinto, un debito nuovo (2).

Si risponde che il deliberamento non estingue il credito, nè

---

(1) Le parole virgolate sono di una nota dell'illustre Cons. BANDINI estensore della citata sentenza della corte d'appello di Firenze del 10 gennaio 1889, *Annali di giur. it.*, XXIII, III, 67.

(2) BORSARI, RICCI, PESCATORE ai luoghi citati a pag. 357.

È degna di nota la confusione che si è fatta a questo riguardo nella giurisprudenza. In una sentenza del Tribunale di Lanciano dell' 11 marzo 1886 (*Foro abruzzese*, I, 132) si giunse a dire che dal giorno della vendita fino al giorno del rilascio dei mandati di pagamento sono dovuti gl' interessi legali che rappresentano *i danni pel ritardato pagamento del prezzo*. Ciò è addirittura fantastico, perchè il deliberatario non è tenuto a pagare fino a che il giudizio di graduazione non è compiuto e soltanto ha facoltà, non obbligo, di liberarsi col deposito, ove il giudizio si protragga (art. 723 cod. proc. civ.).

Gl'interessi legali dovuti dall' aggiudicatario non sono dunque interessi di mora; sono interessi dovuti in ordine all' art. 1509 cod. civ. e alla condizione analoga ordinariamente inserita nel bando di vendita coatta.

produce quella surrogazione o quella novazione alle quali alludono i fautori della opinione contraria. Il credito non si estingue che con il pagamento e per conseguenza il creditore ha diritto agl' interessi convenzionali fino a che questo non è avvenuto, o, per essere più esatti, fino al giorno della liquidazione di cui all' art. 717 cod. proc. civ.

Fino a che il pagamento non avviene, e la legge lo considera avvenuto appunto nel momento in cui è fatta d'accordo o è resa esecutoria la liquidazione dei crediti, l' ipoteca continua a sussistere con tutti gli effetti che le sono proprii, non ultimo fra i quali quello di proteggere, con lo stesso grado della iscrizione del credito, gl'interessi convenzionali successivi alla trascrizione (1).

---

(1) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XXIV, 5; ivi al n. 3 sono fatti diligenti e minuti calcoli per dimostrare la differenza pratica che deriva dall' adozione dell'una o dell'altra opinione. È superfluo ripeterli, essendo evidente che se per convenzione un creditore ipotecario ha diritto al sette o all' otto per cento, e dal giorno della delibera gli si dà soltanto il cinque, se ne avvantaggiano i creditori posteriori.

La opinione adottata nel testo è seguita anco da POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 333 e da PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, II, 14, ai quali sono da aggiungere i proceduristi citati a pag. 358. A maggiore chiarimento di quanto abbiamo accennato nel testo sulla importante questione, riportiamo qui la sentenza della cass. di Firenze del 18 marzo 1891 citata di sopra a pag. 409: « Attesochè il ricorrente, creditore ipotecario del marchese Ubaldino Viti, domandi la cassazione della sentenza impugnata, perchè nella graduazione dei creditori Viti colloca l'intimato col grado ipotecario del 5 e mezzo per cento, sino al giorno della liquidazione, sostenendo, che dalla vendita in appresso dovesse collocarlo soltanto per quelli legali del cinque. Attesocchè il ricorso non sia fondato. Ingiustamente vi si rimprovera la sentenza di aver violato e falsamente interpretato l'art. 2010 del codice civile. Innovando la formula dei codici precedenti statuisce quell'articolo, precisamente nell'ordine delle ipoteche, che l'iscrizione di un capitale produttivo di interessi, quando vi sia enunciata, come appunto ve la enunciò l' intimato, la loro misura, serva a far collocare nello stesso grado, oltrechè gli interessi dovuti per le due annate anteriori e quella in corso alla trascrizione del precetto, anche gl'interessi *successivi*; la quale ultima dizione comprende naturalmente così gli anteriori come i posteriori alla ven-

569. La collocazione degl'interessi successivi alla trascrizione del precetto non trova pertanto altro limite che quello della liqui-

---

dita. Onde, pretendendo di distinguere gli uni dagli altri e di limitare l'applicazione di quel testo soltanto agli anteriori alla vendita, il ricorso introduce una distinzione e una limitazione arbitraria, che non sono accettabili. A torto continua il ricorso che l'articolo succitato, se non fa distinzione, non indica però la misura degli interessi pei quali provvede: esso non la designa tassativamente, nè altronde poteva farlo stante la loro variabilità secondo le varie convenzioni, nemmeno per quelli anteriori alla vendita: ma come per questi, così pei posteriori, per tutti cioè i *successivi*, la determina implicitamente per necessità di contesto nella misura enunciata dalla iscrizione, dacchè appunto dispone esclusivamente pei casi in cui quella enunciazione sia espressa, e in questa enunciazione ha il suo fondamento. Anche l'obbietto che debbano distinguersi i posteriori dagli interessi anteriori alla vendita in quanto abbiano una causa diversa, trovandola i primi, secondo il ricorso, in quell'atto, e solo gli altri nel titolo originario, non ha maggior pregio. Non è esatto che per virtù dell'art. 2003 del codice civile, e per virtù di novazione, l'ipoteca originaria esaurisca colla vendita il suo ufficio e il suo effetto. L'art. 2003 dice soltanto che coll'iscrizione dell'ipoteca legale nascente a norma del 2089 e nei congrui casi del 2042, cessa l'obbligo della rinnovazione per *conservare* gli effetti delle iscrizioni precedenti, e non fa quindi che dispensare i creditori da cotesto obbligo, lasciando però le iscrizioni stesse inalterate. Lo prova, se pure, occorresse, anche l'art. 2029 dello stesso codice, il quale, indicando i diversi modi pei quali le ipoteche si estinguono, tace affatto di questo preteso modo della iscrizione della ipoteca legale suddetta per le ipoteche anteriori: e lo conferma più chiaramente ancora il 719 della procedura civile, pel quale, soltanto colla presentazione delle relative quietanze, può il compratore ottenere insieme alla riduzione proporzionale dell'ipoteca legale, la cancellazione delle iscrizioni relative ai crediti estinti, riconoscendole così anche a quel momento tuttora in vita. Nè è più solida l'altra ragione della novazione: erroneamente si dice cambiata in seguito alla vendita la persona del debitore: il compratore non libera il debitore spropriato, ma aggiunge alla sua obbligazione la propria; erroneamente pure si pretende cambiato l'oggetto della obbligazione: il prezzo a cui si obbliga il compratore non è nella spropriazione forzata che il surrogato al fondo venduto previsto e voluto sino dal primo nascere del credito e debito respettivo colla costituzione della ipoteca destinata ad assicurare il pagamento appunto con questa trasformazione. Permodochè, seppure può darglisi

dazione, al momento della quale si finge che il pagamento avvenga, sebbene sia fatto in tempo posteriore. Insistiamo su questa particolarità, generalmente trascurata dagli scrittori e dalle decisioni che sopra abbiamo citato, perchè non è senza importanza nella pratica.

Coloro che dicono che il creditore ha diritto agli interessi convenzionali fino al pagamento che estingue il suo credito, e con esso la sua ipoteca, si trovano logicamente condotti a ritenere che questi interessi sono dovuti anche nel caso di rivendita provocata dall'inadempimento degli obblighi assunti dall'aggiudi-

---

nuovamente il nome di novazione, questo diverso stato di cose costituisce una novazione non già estintiva, ma semplicemente cumulativa, che lascia intatte così l'obbligazione come le garanzie primitive. Nè può dirsi infine, come insiste il ricorso, che con questi principii si violi e si interpetri falsalmente l'altro articolo 2012 e seg. del codice civile, dove è disposto che nei casi di espropriazione forzata, come in quelli di purgazione, i diritti dei creditori rimangono inalterabilmente fissati dalla iscrizione della ipoteca legale di cui al 2089 e al 2042.

« Ciò vuol dire soltanto, e lo spiegano in specie il 2042 e il 2003, che con quella iscrizione resta fissata inalterabilmente la garanzia ipotecaria dei creditori, come quella del debitore pel prezzo e accessori resultanti a carico del compratore dall'atto di vendita (art. 1969): certamente non potendo far valere contro il compratore altre ragioni che quelle fissate con cotesto atto, non possono i creditori, qualunque sia l'importo del loro credito, pretendere in danno del compratore somme maggiori di cotesto prezzo e degli interessi che egli ne deve per legge.

« Ma non variano per questo nè in più, nè in meno, nè pel capitale, nè per gl'interessi, le quantità spettanti a ciascun creditore pel suo titolo di originaria iscrizione, che nonostante la vendita mantengono sempre intiera, come già è stato avvertito, la loro efficacia; nè varia per ciò in confronto del debitore e degli altri creditori, appunto perchè fondato rispetto ad essi su questi titoli, e bene inteso fino alla concorrenza di quelle somme, e secondo il grado assegnatogli, il diritto di ciascun creditore di ottener pagamento sulle medesime di tutte intiere quelle quantità garantiteli originariamente dal fondo a cui quelle somme si sian surrogate ».

ratario, considerando la sua non solvenza come un semplice prolungamento del giudizio di espropriazione (1).

È questo un evidente errore. Una volta liquidato il credito coi relativi interessi convenzionali al giorno della liquidazione, una volta spedita le note di collocazione, il creditore utilmente collocato non agisce contro il deliberatario debitore del prezzo in virtù del titolo di credito del quale ha ottenuto collocazione, ma in virtù della nota rilasciatagli dal cancelliere; questo è il suo titolo esecutivo, l'azione che spiega contro il deliberatario non ha nè può aver fondamento nel contratto originario, ma ha base invece nel fatto dell'aggiudicazione. Il giudizio di rivendita non è un prolungamento del giudizio di espropriazione, ma è un giudizio sostanzialmente diverso. Col rilascio delle note ha realmente avuto luogo la novazione, soggettiva ed oggettiva ad un tempo, perchè all' antico debitore e all' antico debito, si sono venuti a sostituire un nuovo debitore e un nuovo debito. Il deliberatario, pienamente estraneo all' originario rapporto interceduto fra il creditore utilmente collocato e il suo debitore, si trova vincolato in virtù di un rapporto del tutto diverso.

Nel giudizio dei gradi aperto contro Caio, è stato collocato Tizio per un credito di 10,000 lire al 7 per cento, per tre annate anteriori alla trascrizione del precetto in lire 2100, per due annate d' interessi successivi in lire 1400, per 1000 lire di spese, in tutto per 14,500 lire; per questa somma gli è stata rilasciata la nota di collocazione a carico di Sempronio acquirente dell' immobile escusso in pregiudizio di Caio. Tizio notifica la nota. Sempronio non paga, si fa luogo alla rivendita. Nel nuovo giudizio di graduazione che tiene dietro alla rivendita, Tizio non può pretendere di essere collocato per gl' interessi al sette per cento su L. 10,000 secondo il contratto interceduto fra lui e Caio. Caio

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 15.

è ormai estraneo al giudizio ed il contratto di mutuo posto in essere fra lui e Tizio è per Sempronio una *res inter alios acta*. Sempronio dovrà a Tizio gli interessi su tutta la somma resultante della nota di collocazione; ma li dovrà al saggio legale nella sua qualità di aggiudicatario: una surrogazione nelle obbligazioni del debitore originario non è assolutamente ammissibile (1).

570. La Corte di cassazione di Roma ha ripetutamente deciso che quando la ipoteca garantisce il solo capitale del credito, per essere questo dichiarato infruttifero, o per non essere enunciata la misura dell'interesse, la collocazione deve essere limitata al solo capitale, e il creditore che l'ha ottenuta non può per conseguenza concorrere al reparto degli interessi dovuti dal deliberatario sul prezzo di aggiudicazione (2).

La massima è giusta e conforme all'art. 2010 cod. civ. Solo, in coerenza al principio su enunciato, è da osservare che la massima stessa cessa di ricevere applicazione col giorno della liquida-

(1) Il PACIFICI-MAZZONI, esponendo la errata teoria che abbiamo confutato nel testo, osserva che in Francia si segue la opinione opposta, e cioè che per gl'interessi scaduti dopo la chiusura del giudizio di graduazione il creditore non abbia diritto di essere collocato nello stesso grado del credito, e gli spetti invece un'azione personale contro il primo liberatario espropriato, e cita in questo senso DALLOZ, *Rep.* V. Priv. et hyp., 2434; PONT, *op. cit.*, 1021; AUBRY e RAU, *op. cit.*, § 285. Dopo aver fatto questa citazione soggiunge: « Tale opi- « nione è fondata nel principio che coll'aggiudicazione del fondo il debitore « espropriato cessi di essere responsabile verso i creditori sino alla concorrenza « della somma ricavata della vendita. Però è facile comprendere che il debi- « tore è liberato con l'effettivo pagamento e non con l'espropriazione ». A parer nostro il debitore è liberato con l'assegnazione al creditore della quota di prezzo corrispondente al suo credito; assegnazione che si fa con liquidazione finale del giudizio dei gradi. Dire, come si dice ordinariamente, che la liberazione ha luogo col pagamento effettivo, conduce all'erronea conseguenza alla quale è pervenuto il citato scrittore configurando il caso della rivendita.

(2) Cass. Roma, 30 gennaio e 11 febbraio 1886, *Giur. it.*, 1886, I, 282, *Foro it.*, XI, 1, 449.

zione definitiva; fino a quel giorno gl'interessi dovuti dal deliberatario aumentano la massa degli assegnamenti distribuibili senza che i creditori collocati per il solo capitale abbiano per questo diritto di vedere aumentata la cifra della loro collocazione; ma da quel giorno in poi, tutte le collocazioni, sia di solo capitale, sia di capitale e accessorii, sia di soli accessorii, sono egualmente fruttifere fino al pagamento effettivo, perchè è fruttifero nelle mani del liberatario il prezzo da lui dovuto.

Si supponga che in un giudizio di graduazione Tizio sia stato collocato per un suo credito di L. 10,000 infruttifero, o dichiarato ipotecariamente tale per mancata enunciazione della misura degl' interessi; la nota gli sarà rilasciata unicamente per il capitale di L. 10,000 aumentato delle sole spese di cui all'art. 2010; ma se dal giorno della liquidazione, al quale risalgono gli effetti del rilascio della nota, al giorno del pagamento effettivo, passano sei mesi, Tizio ha diritto agl' interessi legali sull' intero ammontare della nota e così anco sul credito infruttifero delle L. 10,000.

Gl'interessi non sono dovuti in ragione della ipoteca, che ad essi non si estendeva, perchè l' ipoteca ha cessato di spiegare il suo effetto: sono dovuti in forza del fatto, sostanzialmente diverso, che la intera somma dichiarata nella nota rappresenta una parte del prezzo dovuto dall'aggiudicatario, fruttifero per essere fruttifero l' immobile da lui acquistato; ammettendo la soluzione opposta, si verrebbe alla conseguenza che l' aggiudicatario risparmierebbe gl'interessi su quella parte di prezzo che rappresenta il credito infruttifero, dal giorno della liquidazione al giorno del pagamento, lo che non è da ammettere.

571. Per quanto l' art. 2010 parli nel suo primo capoverso della iscrizione di un capitale che produce interessi, pur non dimeno giurisprudenza e dottrina si trovano concordi nel dichiarare che anco i creditori di annue prestazioni, hanno diritto a collo-

cazione per le tre annate anteriori alla trascrizione e per le annate successive nei termini precisi dello stesso articolo (1).

La questione non presenta difficoltà riguardo alle rendite perpetue, semplici o fondiarie che siano, facendosi luogo al riscatto delle medesime con l' apertura del giudizio di graduazione; qui la iscrizione evidentemente è presa non soltanto per l' annualità, ma ancora pel capitale, e l'ipoteca spiega, tanto per l' uno come per gli altri, tutti i suoi effetti. Ma lo stesso principio si applica anco ai legati pii, producenti annualità determinate (2), e persino alle rendite vitalizie (3).

Riguardo ai primi fu detto inapplicabile in materia ipotecaria il principio desunto dall' art. 867 cod. civ. in virtù del quale nel legato di una prestazione annua si hanno tanti legati distinti quanti sono gli anni della prestazione; il diritto al conseguimento della prestazione tien luogo del capitale; quindi, se agli speciali effetti dell' art. 867 si hanno tanti crediti separati, esigibili d' anno in anno, agli effetti della collocazione ipotecaria per gli arretrati al giorno della trascrizione e per le annate successive fino al compimento del giudizio dei gradi, si hanno gli speciali effetti accordati alla ipoteca dall'art. 2010 cod. civ.

Riguardo poi alle rendite vitalizie non è da dimenticare che per l' art. 2090 cod. civ. deve essere collocata una somma i cui interessi corrispondano alla rendita stessa. Ciò elimina ogni difficoltà, perchè dimostra che nel concetto della legge esiste anco

(1) Cass. Torino, 12 gennaio 1872, *Annali di giur. it.*, VI, I, 61; Genova, 3 giugno 1871, *Gazz. trib. Gen.*, XXIII, 500; Casale, 15 decembre 1870, *Legge*, XIV, I, 326; Cass. Torino, 23 marzo 1881, *Annali di giur. it.*, XV, I, 217.— Melucci, *op. cit.*, Lez. XXV, n. 6; Pochintesta, *op. cit.*, II, 335; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 18.

(2) Napoli, 21 marzo 1887, *Gazz. proc.*, XXI, 352.

(3) Casale, 15 decembre 1873, *Giur. it.*, XXV, II, 817; Cass. Torino, 23 marzo 1881, *Annali di giur. it.*, XV, I, 217; Cass. Torino, 10 agosto 1882, *Giur. tor.*, XIX, 173.

in essa un capitale destinato a produrla: non monta che il capitale sia riversibile ai creditori posteriori dopo estinto il vitalizio; finchè il vitalizio dura, quel capitale è affetto al pagamento della rendita e si versa quindi nel caso preciso d' iscrizione di un capitale che produce interessi, la cui iscrizione serve per far collocare le annualità delle quali è parola nell'art. 2010.

Il Melucci, nel luogo citato, giustamente osserva che se l' articolo 2010 parla soltanto di capitali produttivi di interessi, è solo per aver considerato il modo più comune dell'impiego di capitali, senza perciò aver voluto escludere il modo diverso preso testè in speciale considerazione; venendo a parlare più specialmente della rendita vitalizia, e a dimostrare l'applicabilità ad essa dall'art. 2010, fa un lungo ragionamento che avrebbe potuto essere risparmiato con il semplice richiamo dell'art. 2090 cod. civ. (1).

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXV, n. 6: « Piuttosto è da fare qualche osservazione di merito riguardo alla rendita vitalizia, che si vorrebbe sottrarre al beneficio del secondo comma dell' art. 2010 per quest' altra ragione: che le pensioni cioè dovute al creditore essendo prestate in compenso di un capitale dato *a fondo perduto*, non ne rappresentano soltanto il frutto, ma un vero e proprio ammortamento; in guisa che, costituendo esse stesse altrettante somme capitali, non possono essere protette d' ipoteca se non in virtù di una iscrizione loro pertinente e non come accessorii di un credito principale ipotecario. Di modo che, ad ogni scadenza di annualità, il creditore della rendita vitalizia, a proteggerla ipotecariamente ove subito non la riscotesse, dovrebbe prendere una particolare iscrizione, fosse pure quella l' annualità in corso al giorno della trascrizione del precetto. Ora, tutto cotesto ragionamento è inesatto, perchè nella costituzione di rendita, così perpetua come vitalizia, si ha sempre un capitale, per la garentia del quale appunto si stabilisce e s' iscrive l' ipoteca come noi supponiamo: tanto vero che la legge parla sempre di un siffatto capitale nei rapporti giuridici cui può dar luogo il contratto vitalizio (articoli 1778, 1779, 1782, 1789, 1797, 1798): le pensioni quindi, o periodiche prestazioni, benchè naturalmente calcolate in misura più larga, assumono quel carattere accessorio d' interessi, di cui si occupa l' art. 2010. D' altronde, a voler pure considerare le pensioni vitalizie come altrettanti divisi capitali dell' unico capitale dato a fondo perduto, si

572. Il benefizio dell' art. 2010 si estende anco alla collocazione degl' interessi convenzionali stipulati a saggio maggiore di quello originario pel caso d'inadempimento per parte del debitore alle contratte obbligazioni, sia che l'aumento debba avere effetto dal giorno in cui l'inadempimento si verifica (1), sia che per volontà delle parti sia destinato a retroagire ed a ricevere applicazione anco agli interessi scaduti anteriormente e non pagati nella misura originaria (2).

In quest' ultimo caso il patto assume il carattere di una clausola penale; e anche la clausola penale che stabilisce il pagamento di una somma annua pel caro d' inadempimento della obbligazione, rientra nella disposizione dell' art. 2010 cod. civ. Enunciata nella iscrizione la somma da pagarsi per questo titolo

---

« verrebbe a proteggerle anche più efficacemente che non faccia l'art. 2010, in « quanto esse sarebbero tutte sin dal principio garentite col grado della iscri« zione di tale unico capitale, nel quale si confonderebbero e si comprendereb« bero; la circostanza che un credito iscritto non sia riscosso alla scadenza, « non privandolo certamente del beneficio di tale iscrizione ».

(1) Cass. Napoli, 9 ottobre 1891, *Annali di giur. it.*, XXV, I, 331. La sentenza considera due casi abbastanza singolari e meritevoli perciò di particolare considerazione. In una iscrizione non era enunciata la misura dell'interesse; ma era indicata la somma di 24.000 lire per tre annate d' interessi. La corte ritenne che la misura fosse implicitamente ma sufficientemente enunciata nell'8 per cento. In altra iscrizione era riportato il patto del contratto di mutuo, che non venendo restituito il capitale entro il biennio, l' interesse del 5 si sarebbe elevato al 10, ed era presa iscrizione per le due prime annate al 5 e per la terza al saggio maggiore resultante dal patto: la corte ritenne che anco per le annate successive alla trascrizione del precetto il creditore avera diritto alla collocazione al 10 per cento e non al 5, perchè questa misura, che era enunciata nella iscrizione per la terza annata doveva necessariamente riprodursi negli anni successivi.

(2) Torino, 4 novembre 1887, *Annali di giur. it.*, XXII, II, 498. La sentenza fu cassata dalla corte suprema di Torino ma per motivi diversi (sentenza 3 ottobre 1888, *Annali cit.*, XXIII, I, 490).

è dovuta la collocazione per le tre annate anteriori alla trascrizione e per le successive (1).

573. Il contrario è indubbiamente da ritenersi per gl' interessi degl' interessi. La dichiarazione che sono dovuti in caso di morosità del debitore e la enunciazione della loro misura, non varrebbero ad attribuire al creditore il diritto di cui all'art. 2010 cod. civ. Questo articolo parla d'interessi del capitale, non d'interessi degl' interessi: e d'altronde è ovvio il riflettere che neppure una iscrizione preventiva, presa per somma determinata per questo titolo, attribuirebbe al creditore diritto alla collocazione nel grado del capitale di fronte al divieto assoluto scritto in proposito nella legge.

Nelle materie civili gl'interessi scaduti possono produrre altri interessi, o nella tassa legale in forza di giudiziale domanda e dal giorno di questa, o nella misura che verrà pattuita in forza di una convenzione posteriore alla scadenza dei medesimi (articolo 1232 cod. civ.). Questo credito accessorio non può pertanto essere garantito con l' ipoteca che garentisce il capitale; può essere garentito soltanto con iscrizione particolare eseguita in virtù della sentenza di condanna provocata o di convenzione stipulata dopo la scadenza di questi interessi, la quale iscrizione non potrebbe prendere grado che dalla sua data.

Nelle materie commerciali l'interesse degl' interessi è regolato dagli usi e dalle consuetudini, che spiegano i loro effetti anco sull' efficacia e sull' estensione della ipoteca; la enunciazione della misura non basterebbe però, neanche in materia commerciale, a far collocare gl' interessi nel grado del capitale; occorrerebbe la iscrizione speciale in una determinata somma, e soltanto, a differenza di quello che avviene nelle materie civili, questa potrebbe essere presa preventivamente.

---

(1) Cass. Torino, 21 ottobre 1887, *Giur. tor.*, XXIV, 752.

574. Per arretrati maggiori delle due annate anteriori e di quella in corso al giorno della trascrizione del precetto, l'art. 2010 ammette che possano essere prese iscrizioni particolari, ma espressamente dichiara che queste hanno effetto dal giorno della loro data.

Un creditore adunque che per condiscendenza verso il debitore, o per altro motivo qualsiasi, sta più di tre anni senza esigere gl' interessi e senza trascrivere il precetto immobiliare, non ha altro modo di garentire la eccedenza che quello di prendere una iscrizione particolare quando il credito degl' interessi si è maturato a suo favore (1). Presa questa iscrizione, e apertosi di poi il giudizio di graduazione, il creditore stesso avrà diritto a collocazione nel grado del capitale per due annate anteriori e per l' annata in corso al giorno della trascrizione del precetto; pei maggiori arretrati, cioè per gl' interessi a lui dovuti oltre le annate suddette, avrà diritto a collocazione nel grado posteriore resultante dalla iscrizione particolare presa a tale oggetto, senza pregiudizio dei creditori inscritti nell' intervallo fra questa e la iscrizione originaria.

Ciò si argomenta dalla espressione « *senza pregiudizio delle « iscrizioni particolari prese per maggiori arretrati dovuti* », dove quest' ultima parola evidentemente rispecchia il concetto del legislatore, desideroso di evitare la collocazione nello stesso grado del capitale di un soverchio numero di annualità, collocazione che si risolve in un danno pei creditori posteriori e fa soggiacere il debitore sotto il loro peso.

Per le iscrizioni particolari di cui parla l' art. 2010 non occorre uno speciale consenso del debitore; la sentenza di condanna, ove si tratti d'ipoteca giudiziale, e lo stesso atto costitutivo della ipoteca, ove si tratti di ipoteca convenzionale, tengono luogo di

---

(1) Cass. Roma, 18 gennaio e 18 marzo 1884, *Annali di giur. it.*, XVII, I, 42, XVIII, I, 98.

titolo per siffatte iscrizioni suppletive o complementari, le quali, se si prescinde dalla diversità dei gradi, formano con la iscrizione originaria un solo tutto.

575. Dall' inciso finale del primo capoverso dell' art. 2010 cod. civ. « *senza pregiudizio delle iscrizioni particolari prese per maggiori arretrati dovuti, le quali hanno effetto dal giorno della loro data* », si argomenta agevolmente non esser lecito, neppure in virtù di un patto espresso, garantire preventivamente, con la iscrizione presa per il capitale, un numero di annate da scadere superiore a quello garantito *ope legis* per il solo fatto della iscrizione del credito accompagnata dalla dichiarazione che questo è fruttifero a un determinato saggio. Costituita ed iscritta l' ipoteca per sicurezza del capitale e di cinque o di dieci annate d'interessi, il creditore non potrebbe essere collocato nel grado del capitale per più di due annate anteriori alla trascrizione e per quella in corso al giorno dell' adempimento di questa formalità, perchè i « *maggiori arretrati* », maggiori cioè delle tre annate garantite *ope legis* dalla iscrizione del capitale, possono garantirsi soltanto per via d' iscrizioni particolari da prendersi mano mano che questi arretrati sono « *dovuti* ».

Non vale obiettare il principio della libertà contrattuale, mentre la lettera della legge suona espresso divieto. Il legislatore nel secondo capoverso dell'art. 2010 ha dato facoltà ai contraenti di estendere l' ipoteca e gli effetti della medesima a « *spese giudiziali maggiori* » di quelle garentite *ope legis* in virtù della iscrizione del credito, ma non ha concesso eguale facoltà riguardo agli interessi. La ragione di questa differenza si scorge, per poco che si rifletta alla diversa natura dei due crediti accessorii di cui si tratta: le spese si esigono una sola volta, quando il creditore reclama giudizialmente il pagamento di ciò che gli è dovuto, ed è giusto che egli possa premunirsi contro il maggiore dispendio che può derivare dalle distanze, dalla natura dei beni ipotecati o dalla

mala fede del debitore; ma gl'interessi si esigono di semestre in semestre, o di anno in anno al più, e ad ogni scadenza il creditore non soddisfatto può iniziare gli atti e garantirsi con la trascrizione; l'estendere gli effetti della ipoteca a un numero di annate superiore alle tre è dal legislatore vietato come superfluo ed inopportuno.

A convincere che il legislatore ha realmente voluto negare, per ciò che riguarda gl'interessi, quella facoltà di estendere la efficacia della iscrizione che ha concesso riguardo alle spese basta considerare che nel progetto Pisanelli, l'art. 1974, ultimo capoverso era così concepito: « Le parti possono anche, con patto « espresso, estendere l'ipoteca del credito e gli effetti della me« desima a spese giudiziali maggiori delle sopra accennate, *e ad « un cumulo d'interessi maggiori del triennio*, purchè ne sia presa « la corrispondente iscrizione ». E nella relazione presentata al senato nella tornata del 26 novembre 1863, il Pisanelli, che copriva allora l'ufficio di ministro di grazia e giustizia, così illustrava la intera disposizione: « Seguendo in parte i vigenti codici « fu stabilito che l'iscrizione di un capitale produttivo d'interessi, « semprechè la misura di questi vi sia enunciata, serve per far « collocare allo stesso grado gl'interessi dovuti per le tre annate « anteriori a quella in cui i frutti dell'immobile sono reputati « immobili, il che si verifica con la trascrizione del precetto di « pagare. L'enunciazione della misura degli interessi risponde al « principio della pubblicità; la limitazione a tre annate anteriori « alla immobilizzazione dei frutti, impedisce un cumulo eccessivo « d'interessi a danno dei creditori posteriormente iscritti. Non è « però vietato di prendere iscrizioni particolari per maggiori arre« trati dovuti, le quali avranno efficacia soltanto dal giorno della « loro data. È questa una conseguenza giuridica del diritto di « credito pienamente conforme al principio della pubblicità. Se non « che, alla regola generale stabilita dalla legge possono le parti

« derogare con patto espresso. Possono estendere l' ipoteca del « credito e gli effetti della medesima, a spese giudiziali maggiori « delle suddette e ad un cumulo d' interessi maggiore del trien- « nio, purchè ne sia presa la corrispondente iscrizione. Questa « facoltà che già trovavasi riconosciuta dalla legge toscana, fu « ravvisata consentanea a quei principii di libertà dei contraenti « che informano il progetto, mentre essa non deroga per nulla al « principio della pubblicità ».

Ma giunto il progetto dinanzi alla commissione senatoria, presieduta dall' illustre senatore Vigliani, fu concordato col ministro un emendamento in virtù del quale, rimanendo inalterato in tutto il resto l' art. 1974 del progetto stesso, rimase soppresso l' inciso *« e ad un cumulo d' interessi maggiori del triennio »*, che non figurò poi nel progetto definitivo, come non figura nell' art. 2010 capov. ultimo cod. civ. La soppressione dell' inciso dimostra nel modo il più evidente che mentre si volle mantenere in vigore il sistema toscano della libertà di estendere per convenzione la efficacia attribuita all' iscrizione ipotecaria dalla legge, per ciò che riguarda le maggiori spese, non lo si volle mantenere egualmente quanto agli interessi.

La dottrina è unanime in questo senso e fino a poco tempo fa era unanime del pari la giurisprudenza della patrie corti (1).

(1) Per ciò che riguarda la dottrina possiamo citare: GABBA, *Monografie* nel *Foro it.*, I, 328 e nella *Giur. it.*, XLVII, I, 196; VADALÀ PAPALE, *Monografia* nella *Giur. it.*, XXXV, IV, 1; MATTEI, *Commento al cod. civ.*, VI, 344; POCHINTESTA, *Priv. e ip.*, II, 348; PACIFICI-MAZZONI, *Priv. e ipot.*, II, 24; PESCATORE, *Filosofia e dottr. giur.*, Cap. XX, pag. 147 e seg.; BORSARI, *Commento*, § 4215; RICCI, *Diritto civile*, X, 233; MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, I, pag. 49; MIRABELLI, *Delle ipoteche*, pag. 113; MELUCCI, *Sistema ipotecario*, Lez. XXV, n. 3, e fra i proceduristi: MATTIROLO, *Dir. giud.*, VI, 651 seg.; GARGIULO, *Commento al cod. di proc. civ. sull'art. 711*, XIX. Per ciò che riguarda la giurisprudenza: Milano, 25 luglio 1887, *Mon. trib. Mil.*, XXVIII, 765; Torino, 4 novembre 1887, *Giur. tor.*, XXV, 25; Venezia, 26 aprile 1887, *Temi ven.*, XII, 274; Torino, 29 maggio 1885, *Giur. tor.*, XXII, 618; Lucca, 20 de-

576. La discordanza manifestatasi ultimamente nella giurisprudenza per fatto delle corti di cassazione di Firenze e di Napoli, le quali hanno ammesso la validità delle iscrizioni prese preventivamente per un cumulo d'interessi maggiori del triennio, ci spinge a dare all'esame della questione un più ampio svolgimento.

La cassazione di Firenze nella sua sentenza 17 luglio 1893 incomincia dall'affermare che la proposizione principale e sostantiva, la quale regge l'intero capoverso primo dell'art. 2010 è la prima «l'*iscrizione di un capitale che produce interessi se la misura di questi vi è enunciata*» e che tutte le altre proposizioni che seguono, sono dominate da quella ed in quella racchiuse e limitate: dominata nella prima, e in essa limitata e racchiusa, sarebbe perciò anche la proposizione ultima «*senza pregiudizio delle iscrizioni particolari prese per un maggior numero di arretrati dovuti, le*

---

cembre 1892, *Annali di giur. it.*, XXVII, III, 3. Quest' ultima decisione resa in una causa nella quale l'autore di questo trattato aveva l'onore di difendere la contessa Marianna Alliata Vaglienti contro il sig. Edoardo Bruno, fu cassata su ricorso del sig. Bruno dalla corte suprema di Firenze con sentenza del 17 luglio 1893, relat. Antolini, est. Banti (*Annali di giur. it.*, XXVII, I, 320). La corte d'appello di Firenze in sede di rinvio, mantenne il principio stabilito dalla corte d'appello di Lucca (sentenza del 30 decembre 1893, *Annali di giur. it.*, XXVIII, III, 43). Portata la causa dinanzi alle sezioni unite della Cass. di Roma queste decisero come le due corti d'appello, ponendo nel nulla la sentenza della cassazione (sentenza del 28 febbraio 1895, rel. Bandini, est. Caselli, *Foro it.*, 1895, I, 422). Contemporaneamente però la Cass. di Napoli andava nel concetto della corte fiorentina con sentenza 12 febbraio 1895 (*Foro it.*, 1895, I, 438). Nella dottrina la opinione che ammette la validità della iscrizione presa per garentire preventivamente più di un triennio d'interessi, non ha trovato fautori. Soltanto l'avv. P. Casini, difensore del sig. Bruno nella causa surricordata, terminata con la sentenza della cassazione di Roma a sezioni unite 28 febbraio 1895, e il cons. Banti, estensore della sentenza della cassazione di Firenze, giustamente censurata dalle sezioni unite, hanno pubblicato sulla non ardua controversia delle note critiche a sostegno della erronea loro opinione (Casini, *Foro it.*, XX, 422; Banti, *Temi ven.*, XXI, pag. 16 seg.).

quali hanno effetto dal giorno della loro data », la quale non varrebbe come divieto generale di prendere iscrizione preventiva per più di tre annate d'interessi da scadere, ma starebbe soltanto a denotare che oltre le tre annate garantite della iscrizione del credito fruttifero, portante enunciazione della misura degli interessi, il creditore può garantirsi con particolari iscrizioni a misura che gl'interessi vengono a scadere. E così interpretata la disposizione della legge, la sentenza osserva doversi distinguere il caso in cui l'ipoteca si estende *ope legis*, oltre che al capitale, alle due annate anteriori e a quella in corso al giorno della trascrizione, dal caso in cui, mediante patto speciale, la garanzia ipotecaria siasi estesa fino dal principio a un maggior numero di annualità. Per la sentenza l'art. 2010 capoverso riguarda e regola il primo, non il secondo. Nel primo, la collocazione deve essere limitata alle tre annate in omaggio al disposto della legge che ha voluto rispettare il principio della pubblicità in materia ipotecaria; nel secondo, deve essere estesa al maggior periodo di tempo pel quale la ipoteca è stata concessa ed iscritta, in omaggio alla libertà di contrattare, che ha avuto nel codice vigente larga applicazione, ogni qual volta non sono di ostacolo, come nel caso al dire della sentenza non sarebbero, i principii riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buon costume.

Così interpetrato l'articolo, è pienamente rispettato il principio della pubblicità; perchè presa l'iscrizione per cinque annate d'interessi, o per dieci, o per un numero maggiore, i successivi contraenti sono posti in guardia e sono condotti ad andare a rilento nell'accordare la loro fiducia al debitore, ben potendo accadere che nel giudizio di graduazione il creditore reclami il pagamento di tutte quante le annate garantite con la sua ipoteca. La sentenza ritiene poi che la soluzione contraria a quella in essa propugnata non possa argomentarsi dalla soppressione dell'inciso che era contenuto nel capoverso dell'art. 1974 del progetto Pisa-

nelli. La soppressione dell' inciso, al dire della sentenza, è senza importanza, sia perchè l' inciso era inutile, essendo permesso nei privati contratti di stipulare tutto quello che non è dalla legge espressamente vietato, sia perchè, non ostante la soppressione, la commissione senatoria continuò a dire nella relazione sul libro 3° del codice civile, come aveva detto Pisanelli prima che la soppressione avvenisse, che era ammesso di derogare alla legge con patto espresso, estendendo l' ipoteca ad un cumulo d' interessi maggiore del triennio.

Il diverso tenore dell' art. 2010, confrontato con l' art. 2151 del codice francese, e con quelli corrispondenti degli altri codici italiani, porta secondo la sentenza alla diversa interpretazione in essa propugnata, per la quale sarebbe lecito al creditore di ripetere col grado del capitale qualsiasi numero di annualità, sempre che da principio fosse stata consentita e presa la iscrizione relativa e fossero stati notificati di cinque in cinque anni atti interruttivi della prescrizione.

La cassazione di Roma nella sentenza a sezioni unite del 28 febbraio 1895 rispose in modo esauriente e decisivo a questa faticosa e lambiccata argomentazione, dimostrando coi precedenti legislativi dell' articolo 2010 che il legislatore italiano, posto nel bivio di seguire il sistema restrittivo del codice francese adottato nei diversi codici citati superiormente (pag. 388 in nota), o il sistema più largo sanzionato nell' art. 110 della legge ipotecaria toscana, aveva per un momento deliberato di accostarsi a quest' ultimo, ma era poi, con la soppressione dell' inciso, tornato al primo, non avendo nè potendo avere alcun valore la sostituzione dell'espressione oggettiva *« l' iscrizione serve per far collocare »*, già inserita nel codice albertino, alla espressione soggettiva *« il creditore ha diritto di essere collocato »*. *« Quando in Italia,* disse la corte regolatrice, *« avevano vita due opposti sistemi, quando il legislatore toscano, che « aveva voluto consentire la libertà del patto, aveva dovuto espressamente*

« *sanzionarla con apposita disposizione, la soppressione del suindicato* « *inciso non poteva avere che un solo significato, quello cioè di avere* « *voluto seguire la prevalente dottrina che derivava dalla intelligenza* « *costantemente data all'art. 2151 codice francese. E le dichiarazioni* « *posteriori del Pisanelli e del Vacca* (1) *non poteano avere altro valore* « *che di una personale opinione, la quale non potrebbe avere influenza sul* « *magistrato chiamato ad interpretare ed applicare il testo della legge* ».

577. Anco più meschinamente è motivata la sentenza della cassazione di Napoli 12 febbraio 1895, la quale incomincia dal dire che nell'art. 2010 « *è dichiarata espressamente l'efficacia delle* « *iscrizioni prese per maggiori arretrati dovuti* » trascurando la restrizione portata dalle parole « *le quali hanno effetto dal giorno della* « *loro data* », che sostanzialmente circoscrivono il pensiero del legislatore. Scendendo poi a dimostrare che non è vietato garantire ipotecariamente più di tre annate d'interessi da scadere, perchè nel sistema della nostra legge non è vietato di garantire i debiti futuri, la corte suprema napoletana porta la questione fuori del suo vero

---

(1) Qui la sentenza incorse in un manifesto equivoco, perchè solo la dichiarazione del Vacca fu posteriore alla soppressione dell'inciso. La dichiarazione del Pisanelli era diretta a spiegare l'inciso con il quale il proponente aveva inteso di concedere ai privati contraenti quella facoltà di estendere la efficacia della ipoteca a un maggiore cumulo d'interessi, che era già riconosciuta dalla legge toscana, e che egli ravvisava consentanea a quei principii di libertà che informavano il progetto. La posteriore dichiarazione del Vacca non si spiega se non ricorrendo alla ipotesi di una svista. Forse il relatore nell'emetterla aveva presente la relazione Pisanelli e il testo primitivo del progetto, non il testo emendato dalla commissione senatoria con la soppressione dell'inciso. Mattirolo (*op.* e *loc. cit.*) alla nota precedente. I lavori preparatorii di una legge meritano ordinariamente molta considerazione, ma questa non deve essere cieca, bensì ponderata e ragionevole: quando è manifesto che questi tradiscono il pensiero della legge, e sono in aperta contradizione con la sua lettera e col suo spirito, l'appoggiarsi sopra di essi, come fece la Corte di cassazione di Firenze, costituisce un grave e manifesto errore.

campo; l'essere permesso in modo generico di garantire debiti che ancora non esistono per quando esisteranno, non vuol dire che sia permesso di garantire il debito d'interessi superiori al triennio; se era erroneo questo argomento addotto da qualche scrittore a sostegno della opinione nostra (1), ciò non esclude che altri ve ne siano, e validissimi, i quali resistono alla critica più severa.

La corte osserva poi che sarebbe assurdo ritenere che il codice italiano, il quale protegge le libere contrattazioni, abbia inteso vietare il patto: questo divieto, contrario, secondo la sentenza, ai principii liberali che informano la nostra legislazione, avrebbe dovuto essere espresso con esplicita sanzione, perchè le eccezioni alla regola generale devono essere espresse e tassative, nè si possono stabilire per argomenti o presunzioni. Osserva ancora che manca ogni legale fondamento per giustificare la eccezione: « Il sistema di pubblicità che regola l'istituto della ipo« teca scongiura qualunque pericolo di pregiudizio pei creditori « posteriori. Essi hanno scienza delle somme anteriormente iscritte « ed è indifferente che rappresentino capitale od interessi conven« zionali. Se adunque i terzi hanno il mezzo di provvedere ai « proprii interessi, e le parti contraenti sono legate dalla santità « del contratto, non sa comprendersi quale diritto sia offeso dalla « ipoteca costituita per gl'interessi convenuti ».

578. La soluzione da noi adottata, che ha per sè, come di sopra fu osservato, la totalità degli scrittori e la grande maggio-

(1) Il VADALÀ-PAPALE nella monografia inserita nella *Giur. it.*, XXXV, IV, pag. 1 e seg. si era fondato principalmente sul principio che non si possono, di regola, garantire crediti che non esistono per negare la libertà del patto di estendere la efficacia della iscrizione a interessi ultratriennali da scadere. Intorno a questo argomento, desunto da una inesatta affermazione del LAURENT, (*Principes*, XXXI, 66) cons. ancora le monografie di GABBA, citate alla nota a pag. 423.

ranza delle decisioni, fra le quali autorevolissima quella resa a sezioni unite dalla corte suprema di Roma, ci sembra inoppugnabile. Anco a prescindere dai precedenti storici e dall'argomento decisivo della soppressione dell'inciso del progetto Pisanelli, dalla quale argomentano il Mattirolo, il Ricci, il Melucci e gli altri scrittori sopra citati, e sulla quale fondò principalmente il suo giudizio la cassazione romana, è indubitato che la lettera e lo spirito dell' art. 2010, rettamente intesi, escludono quella libertà che era ammessa dalla legge toscana nell' art. 110 e che il legislatore italiano ha limitato alle spese giudiziali maggiori di quelle garantite *ope legis* dalla iscrizione del credito.

Anzi tutto la lettera: perchè la proposizione principale e sostantiva del primo capoverso del citato articolo, non è, come ritenne la cassazione fiorentina, quella che per prima in esso si legge, bensì la finale « *senza pregiudizio* » ecc. La disposizione non contempla adunque il solo caso degli interessi garantiti *ope legis* pel nudo fatto della iscrizione del capitale accompagnata dalla enunciazione della misura degl'interessi; contempla in generale la garanzia ipotecaria degl'interessi da scadere, e perciò tanto il caso degl'interessi garantiti *ope legis,* quanto l'altro degl'interessi garantiti per patto espresso con iscrizioni particolari. Queste iscrizioni particolari possono prendersi « *per maggiori arretrati dovuti* », cioè per interessi già scaduti; e poichè « *hanno effetto dalla loro data* », è evidente che la legge ha vietato di prendere iscrizione per maggiori arretrati non ancora dovuti, da avere effetto nel grado stesso del capitale.

Lo spirito della legge conforta questa interpretazione, perchè con la disposizione in esame non si tende soltanto a far salvo il principio della pubblicità in materia ipotecaria, ma si tende altresì ad evitare che nei giudizii di graduazione possa essere domandata e ottenuta collocazione di un soverchio numero di annate d' interessi anteriori alla trascrizione del precetto, con pregiudizio

dei creditori posteriori e con manifesto danno del credito fondiario.

Nella nota apposta al n. 560 (pag. 391) abbiamo avvertito che anche prima che si facesse strada nelle menti di giuristi e nelle disposizioni della legge, il principio della pubblicità e specialità della ipoteca, si era compreso da molti in molti luoghi che un soverchio cumulo d'interessi arretrati era da evitarsi. Gl'interessi si esigono di semestre in semestre, o di anno in anno, e il creditore deve essere diligente nell'esigerli: la legge gli accorda un triennio di tolleranza, al di là del quale deve cautelarsi con l'immobilizzazione dei frutti che è conseguenza della trascrizione del precetto immobiliare. Se non esige gl' interessi, se non provvede ad agire in via esecutiva, non merita la protezione della legge; l'aver preso iscrizione preventiva per più di tre annate d'interessi non può servire a fargli ottenere collocazione per più di tre annate nel grado del capitale, perchè la legge non ammette questa collocazione (1).

---

(1) Che il legislatore in questa materia tenda realmente, ed in ogni caso, ad evitare la collocazione di un soverchio arretrato d' interessi nel grado del capitale e il conseguente assorbimento di una parte soverchia del prezzo dell'immobile ipotecato, resulta in modo non dubbio dal progetto Vatimesnil approvato dall'assemblea legislativa francese nel 21 febbraio 1851. In questo progetto non si parlava più di un dato numero di annate d' interessi, ma della proporzione insuperabile che gli accessori (interessi e spese) dovevano assumere rispetto al capitale: Art. 2159: « Les intérêts ou arrerages de la créance qui « auront couru depuis l'inscription, et les frais, seront colloqués au même rang « que le capital, mais sans que les dits intérêts et frais réunis *puissent jamais « exceder le sixième du capital*; sans préjudice des inscriptions particulières à « prendre, portant hypothéque à compter de leur date, pour les intérêts ou « arrerages autres que ceux conservés par la première inscription ». Questa disposizione non fu mai tradotta in legge, ma rivela il pensiero del legislatore. È poi importantissimo il fatto che i primi progetti di codice civile italiano, cioè il progetto Cassinis, art. 2213 e il progetto Miglietti, art. 2052, riproducevano nella sua sostanza l' art. 2159 del progetto Vatimesnil, riducendo dal

La contraria soluzione presenta pericoli e inconvenienti senza fine. È stata consentita in un contratto di mutuo, ed è stata realmente iscritta, una prima ipoteca pel capitale e per venti annate d'interessi al sei per cento: sono passati venti anni perchè il contratto era a lunga scadenza; gl'interessi sono stati puntualmente pagati; ma un bel giorno il debitore, fino allora solvente, cade in istato di decozione, la sua proprietà viene gravata d'ipoteche, si fa luogo al giudizio di graduazione. Il debitore si rivolge al creditore primo iscritto e gli dice: tu hai ipoteca per venti annate e hai diritto di ottenerne collocazione; dichiara che non sei stato pagato, produci la tua domanda, io non farò opposizione, confesserò di essere debitore, riconoscerò che la prescrizione è stata interrotta, tu otterrai collocazione di una somma superiore del doppio al tuo credito reale, i creditori posteriori rimarranno allo scoperto, ci divideremo il benefizio. Quale tentazione! Quale occasione di frodi e di collusioni porge il così detto principio di libertà che noi combattiamo!

E appunto a prevenire le collusioni e le frodi è diretta la disposizione proibitiva dell'art. 2010.

Niun reale bisogno di garanzia consiglia l'estensione della ipoteca preventiva oltre il triennio legale; è inutile, perchè gl'interessi si esigono a brevi intervalli; è pericolosa, perchè rende possibili le frodi e le collusioni; è dannosa al debitore, al creditore, ai terzi ed allo stesso credito pubblico: al debitore, che affidato dalla condiscendenza del creditore, soggiace poi sotto un cumulo di arretrati che non può sopportare; al creditore, che, sapendo di non essere esposto a pericoli, non si cura di agire,

---

sesto al settimo gli accessori assimilabili al capitale. Il PISANELLI ritornò alla forma consueta fondendo insieme la disposizione degli art. 2151 cod. francese, 2237 cod. albertino, 108, 109 e 110 della legge toscana; ma ciò non toglie importanza al precedente.

e perde poi gl' interessi degli interessi; ai terzi, che vedono allontanata la possibilità di garentire con seconde ipoteche i loro crediti; finalmente al credito pubblico, perchè la soverchia larghezza delle prime ipoteche renderebbe impossibili le seconde, che pure salvano tanti debitori da certa rovina. Con la soluzione contraria è rispettato il principio della pubblicità, ma è ucciso il credito, fonte precipua della pubblica prosperità.

579. La limitazione della garanzia ipotecaria preventiva alle due annate di cui all' art. 2010 capov. cod. civ. non è applicabile al caso della ipoteca presa per sicurezza di un credito aperto in conto corrente, nel quale, fino a che il conto è aperto, gl' interessi che maturano sulle somministrazioni e sui versamenti del creditore e dell' accreditato, si confondono nella valutazione delle partite segnate a debito e a credito; in questo caso con l'ipoteca non si garantiscono le singole somministrazioni con i relativi interessi, ma si garantisce, nei limiti della presa iscrizione, il risultato finale del conto. Chiuso poi il conto corrente con una data somma a debito dell' accreditato, la iscrizione garentisce la somma totale del debito nella quale sono capitalizzati e conglobati gl'interessi maturati nel tempo anteriore, e garentisce inoltre gli interessi di tre annate anteriori alla trascrizione secondo la regola generale dell'art. 2010 cod. civ. (1).

580. Più dubbio è il caso di un contratto ordinario di mutuo nel quale il pagamento degli interessi non sia pattuito a termini periodici, ma sia rimandato alla scadenza dell' obbligazione in guisa che debba essere fatto unitamente al capitale. Il Melucci opina che in tal caso non sia vietato di garantire preventivamente con la ipoteca iscritta per sicurezza del capitale tutti quanti gl'interessi pattuiti per tutta la durata del mutuo; contratto per sei

---

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXV, n. 5.—Douai, 10 febbraio 1853, Dalloz. *Period.*, LIV, II, 199; Pochintesta, *op. cit.*, II, 337; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II 21; Laurent, *op. cit.*, XXXI, 74; Pont, *op. cit.*, II, 1028.

anni un mutuo di L. 20,200, rimborsabile alla scadenza con gl'interessi al 6 per cento, pagabili, per patto speciale, unitamente alla somma mutuata, e presa iscrizione per tutta la somma, nel caso per L. 27,200, la ipoteca protegge col grado della propria iscrizione tanto la somma capitale quanto le sei annate d'interessi, quantunque alla scadenza del debito non sia stata peranche operata la trascrizione del precetto (1). « Innanzi tutto, dice « il citato scrittore, non si potrebbe far rimprovero al creditore « di non avere esatto gl'interessi alla scadenza, non essendovi per « essi una scadenza diversa da quella del capitale; ed in secondo « luogo gl'interessi nella nostra ipotesi assumono addirittura la « figura giuridica di capitale, facendosene effettivamente dalle « parti un'anticipata capitalizzazione, che non ha niente di con« trario alla legge, e che mette completamente i terzi sull'av« viso dell'ammontare certo ed invariabile delle somme protette « dalla iscrizione ».

Abbiamo detto più dubbio il caso, perchè il Troplong, che per primo ebbe ad esaminarlo, lo risolve in senso contrario, opinando che l'art. 2151 del codice francese, sostanzialmente identico al nostro art. 2010, non abbia inteso soltanto di assicurare la pubblicità e la sincerità dei contratti relativi all'impiego dei capitali mediante sicurezza ipotecaria, ma tenda in modo assoluto ad impedire che il cumulo degli interessi tolga ai creditori posteriori il modo di ottenere pagamento dei loro crediti. « *Quelques précieux que soient les intérêts*, dice il Troplong, *les capitaux ont quelque chose de plus favorable encore* ». Trattandosi d'interessi da scadere, l'iscrizione secondo il citato scrittore non può conservare che le due annate anteriori e l'annata corrente: tutto il resto cade nella massa chirografaria, a meno che non siano state prese delle iscrizioni successive, le quali assicurarono l'ipoteca dal giorno della loro data.

(1) *Op. cit.*, Lez. XXV, n. 4.

Ciò non ostante noi propendiamo per accogliere la opinione espressa dal Melucci, la quale è accolta nel diritto francese dalla maggioranza degli scrittori (1), specialmente perchè, data la sincerità del patto, non si può far carico al creditore di avere lasciato accumulare interessi oltre il triennio, mentre, neppure volendo, sarebbe stato in facoltà di esigerne il pagamento (2).

581. Occorre appena avvertire che anche per ciò che riguarda gl' interessi la disposizione dell'art. 2010 si applica ad ogni sorta d' iscrizioni ipotecarie, tanto se queste sono state prese in virtù di convenzione, quanto se ripetono la loro origine da una sentenza o dalla legge (3).

SEZIONE IV

SURROGAZIONE IPOTECARIA.

SOMMARIO

582. Origine, natura e scopo delle disposizioni stabilite in proposito dal legislatore — 583. Esempio pratico. Giustificazione dell' istituto in esame in relazione al principio della pubblicità — 584. Differenze esistenti fra la surroga ipotecaria e la surroga per pagamento — 585. Divisione della materia.

582. Fino a che le ipoteche furono generali, fino a che colpirono, cioè, tutti quanti i beni presenti e futuri del debitore, non fu sentito il bisogno di uno speciale rimedio giuridico diretto a proteggere i creditori posteriori dall' abuso che i creditori anteriori facessero del loro diritto; può dirsi anzi che tale abuso

---

(1) Blondeau, *Revue de législation*, IV, p. 276 e seg.; Pont, *op. cit.*, II, 1013; Dalloz, *Rep. gen.*, V. Priv. ed hyp., n. 2423.

(2) Contro: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 25.

(3) Pochintesta, *op. cit.*, II, 336; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 26; Melucci, *op. cit.*, Lez. XXV, n. 9.

non era neppure escogitabile, perchè ogni creditore ipotecario veniva collocato su tutti quanti i beni del debitore secondo il grado della sua ipoteca: il creditore posteriore desideroso di evitare il danno che dalla esecuzione intrapresa dal creditore anteriore avrebbe potuto derivargli, poteva ritardarla e troncarne il corso con l'*jus offerendi*, istituto affine se non identico al pagamento con surrogazione sanzionato ed ammesso anco dal vigente codice civile (1).

Ma quando il codice civile francese, pur conservando alle ipoteche legali il primitivo pericoloso effetto di agire senza speciale enunciazione su tutti i beni presenti e futuri del debitore (art. 2122), ebbe richiesto per le ipoteche giudiziali il requisito della specialità (art. 2123, 2129), sorse un non previsto conflitto fra ipoteche generali e speciali, che dava luogo nella pratica a gravissime difficoltà ed a serii inconvenienti. Dato infatti che in uno stesso, o in successivi giudizii di graduazione, concorressero un creditore anteriore, avente ipoteca sulla generalità dei beni del debitore, e più creditori posteriori, aventi ipoteca speciale su beni diversi, il primo diventava l'arbitro della situazione: dato il diritto di prelazione derivante dall' anteriorità della ipoteca, e data l'indivisibilità del relativo diritto, il creditore anteriore poteva a sua scelta giovare agli uni e pregiudicare agli altri, domandando ed ottenendo pagamento sopra alcuni beni e lasciando libero il prezzo di altri. Poteva pertanto accadere che un creditore, secondo per ordine di data della sua iscrizione, resultasse perdente, per essere il prezzo dei beni a lui ipotecati completamente assorbito dal creditore anteriore, e che invece trovasse pieno pagamento un terzo od ulteriore creditore, per essere rimasto li-

(1) Cod. civ., art. 1253, n. 1. Sull'*jus offerendi* e sulla intelligenza da darsi alle leggi del testo che lo ammettevano nel Romano Diritto in relazione alla materia speciale della surroga ipotecaria (LL. 3, § 1, 20, D. *qui potior.*, XX, 4, L. 22, C. *de pignor.*, VIII, 4, L. 5, pr. D. *de distr. pign.*, XX, 5) cons. Bicci, *La surroga ipotecaria per evizione* (Torino 1882), p. 16, 17.

bero e distribuibile il prezzo dei beni a lui ipotecati, per quanto colpiti dalla iscrizione del primo creditore, rimasta rispetto ad essi inoperosa e priva di effetto. Per vero il creditore minacciato da questo stato di cose aveva facoltà di scongiurarne i danni con il pagamento del credito anteriore, in virtù del quale veniva ad essere surrogato nei diritti del creditore soddisfatto, e per conseguenza nel diritto essenzialissimo di regolare il corso dell'azione esecutiva e di farsi collocare proporzionalmente sul prezzo di tutti i beni, rendendo possibile la collocazione del suo credito sul prezzo o su parte del prezzo di quelli ipotecati a suo favore. Ma non sempre chi si trovava in simile situazione aveva disponibile la somma occorrente per pagare il creditore anteriore e farsi surrogare per ministero di legge nella sua ipoteca e nei suoi diritti; nè d'altronde il pericolo era sempre conosciuto in tempo, e spesso si manifestava quando il danno era divenuto inevitabile.

Il legislatore toscano fu il primo a provvedere a questo stato di cose con le leggi 27 luglio 1818 (1) e 25 dicembre 1819 (2), che furono poi rifuse e riconfermate nella legge ipotecaria del 2 maggio 1836 (3).

---

(1) Art. 1: « I terzi possessori spogliati, o i creditori con ipoteca speciale, « rimasti privi di questa cautela per l'esercizio delle azioni competenti ai cre- « ditori con ipoteca generale, subentreranno di pieno diritto nelle ragioni e « ipoteche del creditore o creditori evincenti, e godranno degli effetti delle « loro iscrizioni per ottenere quella rivalsa che sia possibile contro l'univer- « salità dei beni del debitore: con dichiarazione però che per fissare l'anterio- « rità del grado dell'ipoteca che si acquisterà per via di detto subingresso « legale, si avrà riguardo, quanto ai terzi possessori, all'epoca della voltura « dei beni ai libri estimali, ed in quanto ai creditori stati privati dell'ipoteca « speciale, si avrà riguardo all'epoca che assegnava la valida iscrizione di detta « ipoteca ».

(2) Art. 8: « Il creditore con ipoteca speciale evitto dai creditori con ipo- « teca estesa ad altri beni del debitore, gode del diritto della surroga per es- « sere preferito sopra questi beni ai creditori posteriori alla data dell'ipoteca « evitta ».

(3) Art. 187: « Il creditore con ipoteca speciale vinto dai creditori ante-

L'esempio fu imitato in Piemonte, dove lo statuto ipotecario del 16 luglio 1822 fu arricchito di una disposizione analoga (1) la quale passò poi nel codice albertino (2).

Venuto il momento di compilare il codice civile vigente si dubitò per un momento se dovesse riprodursi in esso una disposizione consimile, perchè, essendo ormai abolite e dichiarate prive di efficacia le ipoteche generali, e dovendo tutte quante le iscrizioni ipotecarie, non escluse quelle prese in virtù di legge, gravare beni determinati, il conflitto fra ipoteche generali e ipoteche speciali, al quale aveva provveduto l'art. 2350 del codice albertino, non era altrimenti possibile. Il danno però non derivava soltanto dall'ipoteca generale; poteva derivare anco dall'ipoteca anteriore più lata in confronto della posteriore meno estesa, ben potendo il creditore avente questa ipoteca più lata escutere alcuni soltanto dei beni affetti al pagamento del suo credito, liberando il prezzo degli altri, ed arrecando così al creditore posteriore, iscritto su

---

« riori con ipoteca estesa alla universalità dei beni del debitore, subentra per « ministero di legge nei diritti ed ipoteche spettanti al creditore o creditori « evincenti sopra gli altri immobili del debitore, all'effetto unico di essere pre- « ferito sul prezzo di questo immobile ai creditori posteriori in data alla di « lui iscrizione. Lo stesso diritto competerà sugli altri fondi del debitore a « quei creditori speciali, che rimangono pregiudicati dal subingresso del cre- « ditore speciale ».

(1) Art. 144.

(2) Art. 2350: « Qualora accada che un creditore anteriore avente una « ipoteca generale ottenesse la soddisfazione del suo credito sopra uno o più « determinati fondi affetti da ipoteca speciale a favore di altro creditore, si « intenderà questi, ove sia perdente, subentrato per surrogazione legale al- « l'ipoteca generale che il creditore soddisfatto aveva sopra gli altri immo- « bili del debitore, all'effetto di poter fare iscrivere su tali immobili il suo « credito, ed esser poscia collocato sul prezzo dei medesimi alla data però sol- « tanto della prima iscrizione fatta del proprio credito. Lo stesso diritto com- « peterà sugli altri stabili del debitore ai creditori perdenti in seguito di detta « surrogazione ».

quelli e non su questi, un pregiudizio irreparabile. Già il legislatore toscano, nella legge del 25 decembre 1819, aveva deliberatamente omesso di parlare d'ipoteca generale, e aveva previsto il caso affine della ipoteca estesa ad altri beni; in Francia, in occasione degli studii per la riforma del sistema ipotecario, intrapresi e non condotti a termine verso la metà di questo secolo, si era fatto lo stesso (1); la surrogazione del creditore ipotecario perdente per la prelazione spettante a un creditore anteriore avente ipoteca più estesa, fu perciò conservata in tutti quanti i progetti (2) e rimase nel cod. civ. all'art. 2011 del quale formano un utile complemento gli art. 2022 e 2087.

È utile aver presenti fin d'ora queste provvide disposizioni.

---

(1) Il noto progetto Vatimesnil approvato dall'Assemblea legislativa, nel 17 dicembre 1850 ma non tradotto in legge, disponeva all'art. 2106: « Le « créancier hypothécaire qui aura été primé dans un ordre par un créancier « ayant une hypothèque sur plusieurs immeubles sera de plein droit subrogé « à cette hypothèque, mais seulement à la date de l'inscription par lui prise « par la garantie de sa créance, jusqu'à concurrence d'une somme qui ne « pourra depasser le montant de la créance de celui, à l'hypothèque du quel « il est subrogé ».

(2) Progetto Miglietti, art. 2064; Progetto Cassinis, art. 2225; Progetto Pisanelli, art. 1975; Progetto della commissione senatoria, art. 2036. È nota, ed è del resto riferita da tutti quanti gli scrittori, l'acerba guerra mossa dal CHIESI alla surroga ipotecaria, tanto nel suo *Sistema ipotecario*, III, 549, quanto nei *Nuovi studii sul progetto Miglietti*, art. 2064; questo illustre nostro scrittore si palesò, sulla scorta del GRENIER (*Traité des hypoth.*, I, p. 22), ostinato avversario del provvido istituto giuridico; ma è ormai superfluo riportare e confutare i suoi argomenti: se la surroga non poteva, nel silenzio della legge, applicarsi per via di ragionamenti più o meno speciosi, come aveva sostenuto il TARRIBLE (*Rep. de Jurispr.* V. Transcription, 6, n. 5), e come aveva persino deciso la Corte di Rouen in una sentenza del 24 marzo 1826 cassata dalla Corte suprema, ben si potevano far voti per la sua attuazione, come, primo fra tutti in Francia, fece il TROPLONG nella sua celebre prefazione al *Trattato delle ipoteche*. Su tutto ciò cons. BICCI, *op. cit.*, pag. 19 seg.; POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 345; PACIFICI-MAZZONI, *Privilegi e ipoteche*, 2ª ed., II, 32.

Art. 2011: « Il creditore avente ipoteca sopra uno o più « immobili, qualora si trovi perdente per essersi sul prezzo dei « medesimi soddisfatto un creditore anteriore, la cui ipoteca si « estendeva ad altri beni, s'intende surrogato nella ipoteca che ap« parteneva al creditore soddisfatto, e può fare eseguire la relativa « annotazione, come è stabilito nell' articolo 1994, all' effetto di « esercitare l' azione ipotecaria sopra gli stessi beni e di essere « preferito ai creditori posteriori alla propria iscrizione. Lo stesso « diritto spetta ai creditori posteriori perdenti in seguito alla detta « surrogazione. Questa disposizione si applica anche ai creditori « perdenti per causa del privilegio stabilito nell'art. 1962 » (1).

(1) La disposizione è così illustrata nella Relazione Pisanelli, 202: « Sta« bilita dal codice francese la specialità della ipoteca, sorse la questione se « il creditore avente un'ipoteca sopra uno o più immobili, iscritta dopo un'ipo« teca generale, avesse diritto di subingresso in questa per far valere le sue « ragioni sopra gli altri immobili sottoposti alla medesima, quando egli rie« scisse perdente per l' esercizio di essa sopra i beni specialmente ipotecati « a suo favore. Vi furono sentenze che ammisero tale subingresso sulla con« siderazione, che il contrario avviso fornisse al creditore avente ipoteca « generale il mezzo di sacrificare a sua posta l'ipoteca speciale più antica « alla più recente. Prevalse tuttavia l' opposta giurisprudenza, ritenendo che « la soluzione anzidetta, se rispondeva ai principii di equità, esciva però dal « testo della legge in materia di surrogazione. Il codice sardo, risolvendo la que« stione stabilì ecc. Soppressa dal progetto l' ipoteca generale, fu questione se « la disposizione del codice sardo si dovesse riprodurre. Prevalse la opinione « affermativa. Si considerò esservi parità di ragione per ammettere il subin« gresso del creditore perdente nell' ipoteca generale, come per ammetterlo nel « caso dell' ipoteca speciale che colpisca eziandio altri immobili. Può anche « avvenire in tal caso che il creditore che ha un' ipoteca sopra diversi immo« bili, colludendo col creditore avente ipoteca sopra uno dei medesimi, e « ricavandone un premio, promuova la sua azione ipotecaria sopra gli altri « immobili vincolati a vantaggio di altro creditore. Egli potrà per tal modo « far ricadere a danno di questo creditore, il quale avrà un' ipoteca anteriore « a quella del creditore che si vuòl favorire, l' esercizio del suo dirit« to. Ciò non deve essere permesso, poi che viene ad alterare indiret« tamente l' economia del sistema riguardo al principio della poziorità in ra-

Art. 2022, capov.: « Ha pure azione (il terzo possessore che « ha pagato i crediti iscritti rilasciato l'immobile o subìta la « espropriazione) in via di subingresso contro i terzi possessori « di altri fondi sottoposti ad ipoteca per gli stessi crediti, ma « contro quelli solamente che sono a lui posteriori di data nella « trascrizione del loro atto di acquisto, e può eseguire la relativa « annotazione in conformità dell'art. 1994 » (1).

« gione di tempo. Dalla disposizione emerge poi evidente il concetto, che la sur- « rogazione del creditore perdente non reca alcun pregiudizio ai creditori « intermedi, a quei creditori che hanno iscritta l'ipoteca sopra gli altri im- « mobili dopo la ipoteca più estesa, nella quale si subentra, ma prima del- « l'ipoteca cui viene accordato il subingresso: questo fa soltanto prevalere il « creditore perdente ai creditori che hanno sugli altri immobili un' ipoteca « iscritta posteriormente alla sua. Per identità di ragione l'accennato subin- « gresso fu accordato ai creditori ipotecari che riescono perdenti in conse- « guenza del privilegio competente allo Stato pei tributi diretti e indiretti ». La Commissione senatoria, ripetendo gli stessi argomenti, ebbe a dire parerle accettabile la divisata soluzione comecchè rispondente ai dettati di equità e di egualità tra i creditori nelle loro ragioni sul pegno comune (Rel. Vacca n. 277, 4°).

(1) La disposizione è così illustrata nella Relazione Pisanelli n.° 207: « Analogamente alla surrogazione concessa al creditore perdente nell' ipoteca « anteriore che si estende ad altri beni, fu altresì stabilito nel progetto ecc. « Non poteva dubitarsi del subingresso quando il creditore avesse pagato i « crediti iscritti; il dubbio nacque soltanto pel caso in cui abbia rilasciato « l'immobile o sofferta la spropriazione. Si riputò conveniente di equiparare « i due casi. Già fu osservato che il sistema della trascrizione ha una perfetta « analogia con quello delle ipoteche: nell'uno e nell'altro lo stato della « trascrizione o dell'iscrizione determina la prevalenza dei diritti. Se il terzo « possessore, invece di esser tale, aveva soltanto acquistato un diritto d'ipo- « teca sull'immobile rilasciato o spropriato, egli, in ragione del danno che « soffrirebbe per l'esercizio di un'ipoteca anteriore che si estende ad altri « beni, avrebbe diritto alla surrogazione nell'ipoteca medesima per prevalere « sui detti beni ai creditori che hanno un'iscrizione posteriore alla sua. Non « sembra esservi plausibile motivo per sottoporlo a un trattamento diverso, « quando col rilascio e colla espropriazione viene a risentire un danno eguale,

Art. 2087: « Il creditore avente ipoteca su vari immobili, « dopo che gli venne fatta la notificazione accennata nell'art. 2043 « se si tratta del giudizio di purgazione, e dopo la notificazione « del bando venale in caso di espropriazione forzata, non può sotto « pena dei danni rinunziare alla sua ipoteca sopra uno di quegli « immobili, nè astenersi volontariamente dal proporre la sua « istanza nel giudizio di graduazione, all' intento di favorire un « creditore a detrimento di altro creditore anteriormente iscritto » (1).

« se non più grave ancora, qual terzo possessore. Anche qui esiste il pericolo « della collusione tra il creditore ipotecario e gli altri terzi possessori, onde « far ricadere l' effetto dell' azione ipotecaria a danno di quel terzo posses- « sore il quale avrebbe per sè la prevalenza del diritto che si fonda sulla « trascrizione anteriore del suo acquisto ». Accordavano il solo regresso contro il debitore il cod. francese art. 2178, il cod. napol. art. 2072, il cod. parmense art. 2244, la legge toscana, art. 146; il subingresso era accordato dall' art. 2297 del cod. albertino e sulla scorta di esso dal codice estense (art. 2245).

(1) La disposizione, che non ha precedenti in alcuna legislazione, è così illustrata nella *Relazione Pisanelli* n. 220: « Parlando dell' ordine e degli ef- « fetti delle ipoteche fu osservato, che qualora un creditore il quale abbia « un' ipoteca anteriore estesa a più immobili sia soddisfatto sul prezzo di « alcuni fra essi, compete ai creditori aventi ipoteca posteriore sopra questi « ultimi, la surrogazione in quella ipoteca più estesa, per far valere i loro « diritti di credito sopra gli altri immobili. Da tale premessa può giuridi- « camente derivare che quel creditore non possa rinunziare alla sua ipoteca « sopra alcuno degl' immobili che vi sono sottoposti? L' ipoteca si estingue « colla rinunzia. Se questa è totale, niun danno può derivarne ai creditori « posteriori, anzi possono averne vantaggio. Ma se la rinunzia è parziale « per alcuno degli immobili, rinascono gl' inconvenienti gravissimi che mo- « tivarono l' accennata surrogazione. Si lascerebbe al creditore l' arbitrio « d' impedirla, e così il mezzo di rendere perdenti a sua volontà piuttosto « gli uni che gli altri fra i creditori aventi un' ipoteca posteriore e meno « estesa della sua. Però fino a che i diritti dei creditori ipotecari sono allo « stato di potenza e non di atto, fino a che non esiste un fatto dal quale « emerga giuridicamente che il debitore non soddisfa alle sue obbligazioni, « le contrattazioni sugli immobili ipotecati e le rinunzie alle ragioni ipo-

583. La origine storica della disposizione dell'art. 2011 cod. civ. e di quelle che le servono di complemento, i motivi espressi nella relazione Pisanelli, che per la loro importanza abbiamo reputato opportuno trascrivere integralmente in nota al precedente numero, chiariscono a sufficienza la natura e lo scopo della surrogazione ipotecaria, istituto specialissimo, che costituisce un manifesto progresso legislativo, ed è ingegnoso trovato del genio italiano (1).

Un esempio pratico, il più semplice possibile, servirà di maggiore dilucidazione.

Sui fondi A e B, del valore di L. 50,000 ciascuno, spettanti a Tizio debitore, si hanno le iscrizioni seguenti:

1.° Iscrizione del 1° gennaio 1896 per L. 50,000 su ambedue i fondi a favore di Caio;

2.° Iscrizione del 1° gennaio 1897 per L. 25,000, sul solo fondo A, a favore di Sempronio;

3.° Iscrizione del 1° gennaio 1898 per L. 50,000, sul solo fondo B, a favore di Mevio.

« tecarie devono essere libere: è lecito al debitore di alienare il fondo, deve « essere lecito ai creditori di rinunziare in tutto o in parte ai loro diritti di « preferenza sul fondo medesimo. Ma quando con l'intimazione del precetto « il debitore viene privato della libera disponibilità dei beni compresi nella « esecuzione forzata; quando colla notificazione del titolo di acquisto nei « giudizi di purgazione, o del bando venale nei giudizi di spropriazione, viene « posta in movimento l'azione ipotecaria di tutti i creditori, non deve più es« sere lecito ad alcuno di essi di variare la sua condizione giuridica nei « rapporti della massa ipotecaria. È allora che si presenta il pericolo della « collusione: la rinunzia parziale che può fare il creditore avente un'ipoteca « anteriore estesa a più immobili, non riuscendo di alcun vantaggio al debi« tore, non può avere altro scopo che quello di favorire alcuni creditori a « detrimento di altri. Ciò fu vietato dal progetto ».

(1) Teofilo Huc (*Le code civil italien et le code Napoleon*, I, pag. 353) augurò al suo paese disposizioni analoghe a quelle degli art. 2011, 2087 cod. civ. it.; ed eguali elogi la istituzione di cui è parola ebbe da Gide, (*Revue historique*, XII, 420) e da Buissonnade (*Revue pratique*, XXII, pag. 92).

Se Caio escute ambedue i fondi, e si fa collocare proporzionalmente sul prezzo di ciascuno, Sempronio secondo iscritto ottiene pagamento del suo credito di L. 25,000 sul prezzo residuale del fondo A, e a Mevio spetta il 50 per cento del suo credito sul prezzo residuale del fondo B. Ma se Caio escute soltanto il fondo A, e ottiene sul prezzo del medesimo l' integrale pagamento del suo credito, Sempronio resta per intero perdente, per quanto iscritto anteriormente a Mevio, e Mevio, invece, consegue pagamento integrale, restando libero a suo favore tutto il prezzo del fondo B. Ove ciò si verificasse, la collusione di Caio con Mevio in danno di Sempronio sarebbe manifesta, e sarebbe pure evidente la ingiustizia del danno che Sempronio verrebbe a risentire, perchè quando iscrisse la sua ipoteca di L. 25,000 nel 1° gennaio 1897, ebbe occasione e modo di verificare che sull' intero patrimonio di Tizio debitore, costituito dai fondi A e B del valore complessivo di L. 100,000, non esisteva che la ipoteca a favore di Caio per L. 50,000 e vi era pertanto una eccedenza di L. 25,000 sul fondo A, sulla quale aveva ragione di fare assegnamento. Invece in forza di una ipoteca iscritta un anno dopo sul fondo B, che a lui non dovrebbe nuocere, Sempronio vede assorbite L. 50,000, ossia l' intero prezzo del fondo A, sul quale aveva preso ipoteca, da Caio creditore anteriore, e vede in pari tempo assorbite le altre L. 50,000, ossia l' intero prezzo del fondo B, da Mevio creditore posteriore.

La provvida disposizione dell' art. 2011 elimina così grave inconveniente. Sempronio creditore iscritto sul fondo A, che si trova perdente per essere stato soddisfatto sul prezzo del fondo medesimo il creditore anteriore Caio, che aveva ipoteca anche sul fondo B, s' intende surrogato nell' ipoteca di Caio su questo fondo, all' effetto di poter esercitare sul medesimo l' azione ipotecaria e di essere preferito sul prezzo di esso a Mevio, creditore iscritto su questo fondo in epoca posteriore alla data dell' iscrizione in

ordine alla quale Sempronio è resultato perdente sul fondo A. In altri termini, non curata la minore estensione dell'ipoteca di Sempronio, e il diverso oggetto di questa ipoteca e di quella posteriore di Mevio, la legge considera queste due iscrizioni come altrettanto estese quanto quella di Caio, in modo che ciascuno dei creditori venga collocato su tutto il prezzo in distribuzione secondo l'ordine di data della sua iscrizione, rendendo impossibili le collusioni e i fraudolenti accordi fra il primo e l'ultimo creditore iscritto in pregiudizio del creditore intermedio. « La legge », dice un acuto scrittore nostro che ha spiegato con somma diligenza l'ardua materia, « per l'altezza stessa del suo ministero, « non può tollerare che l'azzardo o il capriccio di una persona « valgano a sovvertire uno stato di cose obiettivamente ragionevole; e quindi escogita i provvedimenti che a questo assicurino « il dovuto predominio » (1).

È ben vero che con questi provvedimenti si altera in qualche modo il principio della pubblicità, perchè la ipoteca di Sempronio, iscritta soltanto sul fondo A, viene ad ottenere collocazione ed a spiegare il suo effetto utile sul prezzo del fondo B sul quale non era iscritta; Mevio, che quando prese iscrizione su questo fondo non ve la vide iscritta, può a prima vista sembrare danneggiato nel suo interesse e leso nel suo diritto di poziorità; ma in realtà non ha motivo di lagnanza e non può imputare altro che a sè stesso il danno che risente. Sempronio infatti non ottiene collocazione sul prezzo del fondo B in virtù della sua ipoteca, che non lo colpisce, ma in virtù della surroga che gli spetta di diritto nella ipoteca anteriore di Caio soddisfatto nel prezzo del fondo A ipotecato a favore di esso Sempronio; quando Mevio prese iscrizione sul fondo B, non potè ignorare che su questo gravava la ipoteca di Caio, la quale poteva assorbirne interamente

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXVI, n. 1.

il prezzo; non potè ignorare, d'altronde, che se a Caio fosse piaciuto di farsi collocare sul prezzo del fondo B, lasciando lui Mevio allo scoperto, egli non avrebbe potuto rivalersi sul prezzo del fondo A, sul quale Caio era anteriormente iscritto. Non è dunque violato il principio della pubblicità: *Jura vigilantibus succurrunt, non dormientibus.* Chi si accontenta di una ipoteca speciale posteriore ad altra più estesa, non deve soltanto tener conto della ipoteca anteriore gravante gl' immobili sui quali garantisce il suo credito; deve tener conto anco delle ipoteche intermedie che gravano altri beni colpiti già dalla ipoteca più estesa, configurando la ipotesi della surrogazione per argomentarne se gli resti, ciò non ostante, una sufficiente garanzia. Ciò complica le ricerche preventive da farsi per dare uno stabile assetto alla iscrizione ipotecaria; è se si vuole una difficoltà; ma la complicanza e la difficoltà sono inconvenienti immensamente minori di quello che resulta, nel sistema francese, dalla necessità di ricorrere al pagamento con surrogazione, istituto sostanzialmente diverso della surroga ipotecaria e ben lontano dal produrre gli stessi resultati.

584. Quest' ultima osservazione ci apre l' adito ad accennare le differenze fra la surrogazione di cui all'art. 1253 n. 1 e quella di cui all' art. 2011 cod. civ.

In virtù di quella il creditore, anche chirografario, pagando un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi o delle sue ipoteche, sottentra nei diritti del creditore soddisfatto, come se avesse riportato la cessione del suo credito; in virtù di questa invece il creditore ipotecario posteriore; costretto a lasciare che sul prezzo dei beni ipotecati a suo favore ottenga pagamento un creditore anteriore avente ipoteca estesa ad altri beni, è surrogato nella ipoteca spettante su questi al creditore soddisfatto per ottenere pagamento del suo credito. Là il creditore surrogato conserva la sua primitiva situazione di creditore ipotecario o chirografario, ed acquista un nuovo

credito sborsando la valuta equivalente; quà, senza fare un nuovo sborso, il creditore posteriore è surrogato nei limiti della perdita da lui subìta nella parte della ipoteca del creditore anteriore rimasta inoperosa per aver egli ottenuto il pagamento sopra altri beni.

La differenza non potrebbe essere più spiccata nè più sostanziale. Si è voluta invero ravvisare nella surrogazione ipotecaria una estensione del principio che governa il pagamento con surrogazione, dicendo che il creditore che resta perdente per essersi soddisfatto sul prezzo dei beni ipotecati a suo favore un creditore anteriore, ha in sostanza fittiziamente pagato questo creditore e deve perciò essere surrogato nelle sue ragioni (1): ma la supposta estensione non sussiste, perchè non vi è pagamento fittizio, ma mera incapienza, cagionata dal soddisfacimento del creditore precedente. Conveniamo pertanto nella opinione da altri manifestata, che la surrogazione ipotecaria di cui nell'art. 2011 è un istituto avente una propria fisonomia, un proprio contenuto ed un proprio scopo, affatto distinti ed indipendenti da quelli della surrogazione legale per pagamento di cui nell' art. 1253 (2). Infatti mentre il creditore posteriormente iscritto che vuole ottenere la surrogazione nei diritti e nelle ragioni del creditore anteriore a norma dell'art. 1253 n. 1, deve pagare effettivamente con proprii danari il credito di quest' ultimo, il creditore che è nel diritto di essere surrogato ipotecariamente a norma dell' art. 2011, non compie alcun pagamento nè reale nè fittizio; là si ha surrogazione in tutti i diritti, qua nella sola ipoteca, e per eccezione nel privilegio competente allo Stato in ordine all' art. 1962 cod. civ.: là ha luogo la surrogazione a concorrenza dell' intero credito pagato; qua a concorrenza del credito proprio o della porzione di

(1) Pochintesta, *op. cit.*, II, 350.

(2) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXVI, 5.

credito proprio rimasta insoluta; là il beneficio è concesso a qualunque creditore posteriore, ipotecario o chirografario che sia; qua al solo creditore ipotecario, che si trovi nella precisa situazione prevista e voluta dall'art. 2011; là si ha un istituto essenzialmente personale, qua un istituto avente spiccato carattere di realità (1); non perchè venga a surrogarsi, come taluno ha detto, ipoteca ad ipoteca e cosa a cosa (2), ma perchè si verifica, più propriamente, il trasferimento della ipoteca rimasta perdente da un fondo all'altro (3), conservando la sua data, e perciò il suo grado, di fronte agli altri creditori iscritti (4).

585. Per procedere con ordine in una materia non peranche studiata profondamente, stante l'assoluta novità delle disposizioni che vi si riferiscono, esamineremo in separate rubriche:

---

(1) Pochintesta, *op. cit.*, II, 351; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 34.

(2) Pochintesta, *loc. cit.*—Cass. Torino, 27 giugno 1872, *Giur. tor.*, IX, 524.

(3) Pacifici-Mazzoni, *loc. cit.*—Modena, 2 giugno 1874, *Giur. it.*, XXVI, II, 281.

(4) Vi ha chi disse che la surrogazione ipotecaria ha natura mista, cioè personale e reale insieme (Bicci, *op. cit.*, 17). Ma è ovvio osservare con lo stesso scrittore che il creditore surrogante non prende i diritti del surrogato, ma serba i suoi, lo che fa capo al concetto della *realità*. La verità è che non vi ha *scambio di persone*, come dice il citato scrittore, o che per lo meno questo *scambio di persone* non ha influenza sugli effetti della surrogazione, nè può essere tenuto in conto per determinare l'indole dell'istituto giuridico. Ci sembra poi abbastanza nebulosa la formula accolta da Melucci (*op. cit.*, Lez. XXVI, n. 7), laddove, dopo avere accennato che nella surrogazione legale per pagamento vi ha *sostituzione subiettiva di persone*, il surrogante acquistando i diritti del surrogato quali a costui competono, e che nella surrogazione ipotecaria vi ha una *sostituzione obiettiva d'ipoteche*, il surrogante trasportando la sua ipoteca col proprio grado sui beni ipotecati al surrogato, così continua: « questo concetto è più specioso che vero, non essendo necessario a spiegare certi effetti della surrogazione ipotecaria; ed alla quale perciò si può attribuire anche un carattere subbiettivo, quantunque più limitato, senza per questo renderla un istituto che scaturisca dalla surrogazione per pagamento ».

1.° A chi spetta e in quali casi la surrogazione ipotecaria;

2.° Su quali beni;

3.° Entro quali limiti di tempo debba farsi valere;

4.° Con quali forme;

5.° Con quali effetti.

Parleremo poi, in questa sede, della disposizione dell'art. 2087 cod. civ., che forma dell'art. 2011 un utile complemento, rinviando ciò che riguarda la surroga speciale di cui all'art. 2022 dello stesso codice al capitolo seguente nel quale sarà parlato degli effetti della ipoteca riguardo al terzo possessore.

1.°

A chi spetta e in quali casi la surrogazione ipotecaria.

SOMMARIO

586. Spetta al creditore perdente per essersi soddisfatto sul prezzo dei beni a suo favore ipotecati un creditore anteriore avente ipoteca estesa ad altri beni — 587. Prova della incapienza originata dalla collocazione del creditore anteriore — 588. Inapplicabilità dell' art. 2011 al caso della separazione dei patrimoni — 589. *Quid* del caso in cui il creditore evincente non ha ottenuto pagamento integrale — 590. Caso di altra ipoteca iscritta a favore del creditore evincente di data posteriore a quella del creditore evitto — 591. Collocazione proporzionale del creditore evincente sul prezzo di tutti i beni ipotecati a suo favore — 592. Surroga dei creditori posteriori perdenti in seguito alla surroga del creditore anteriore — 593. Estensione del benefizio di legge al creditore perdente per causa del privilegio dei tributi.

586. Il testo della legge risponde pienamente a questo primo punto delle nostre ricerche. La surrogazione spetta al creditore avente ipoteca sopra uno o più immobili, che resulti perdente per essersi sul prezzo dei medesimi soddisfatto un creditore ipotecario anteriore avente ipoteca anche su altri beni (1). Occorre dunque

(1) Milano, 3 agosto 1869, *Mon. trib. Mil.*, X, 1091; Palermo, 16 aprile 1873, *Circ. giur.*, V, 45; Napoli, 5 giugno 1889, *Legge*, XXIX, II, 709.

che chi vuol valersi dello speciale rimedio dell'art. 2011 dimostri di aver avuto una ipoteca efficacemente costituita e validamente iscritta (1); un privilegio non servirebbe all' uopo (2), perchè dal fatto che il creditore ipotecario ha la surrogazione nel privilegio spettante allo Stato pel tributo diretto, quando resulta perdente in virtù dell'esercizio del privilegio stesso, non può argomentarsi al caso inverso (3). Non nuocerebbe che la ipoteca rimasta perdente, in forza della quale si domanda la surrogazione, fosse stata cancellata, bastando che sussistesse sempre la ipoteca nella quale la surrogazione si vuole ottenere (4). La cancellazione contrattuale volontariamente consentita dal creditore, lo priverebbe invero del diritto di domandare la surrogazione; ma non così la cancellazione forzata, ordinata per provvedimento dell'autorità giudiziaria. Si supponga infatti, riprendendo l'esempio superiormente esposto, che Caio primo creditore iscritto, abbia fatto vendere soltanto il fondo A, sul quale Sempronio aveva ipoteca, ed abbia escluso dalla esecuzione il fondo B, sebbene anche a questo si estendesse la sua iscrizione: si fa luogo al giudizio di graduazione, Caio assorbe l'intero prezzo del fondo A, Sempronio resulta perdente per la totalità del suo credito: il liberatario, pagato il prezzo a Caio, domanda ed ottiene dal giudice delegato l'ordine di cancellazione

---

(1) In questo senso la Cass. di Napoli ebbe a decidere che la surrogazione ipotecaria non può essere domandata da chi non ha e non ha mai avuto ipoteca alcuna sui beni del debitore: sentenza del 9 luglio 1888, *Legge*, XXIV, I, 560.

(2) Genova, 17 marzo 1877, *Eco di giur.*, II, 162.

(3) Torneremo più oltre su questo caso speciale che dà luogo a qualche difficoltà.

(4) Cass. Torino, 10 agosto 1876, *Giur. tor.*, XIV, 663. In questo senso la Corte d' appello di Genova decise competere la surroga al creditore che giustifica che i crediti a lui preferiti avevano realmente ipoteca su quelli immobili sul prezzo dei quali non potè ottenere collocazione. Cass. Napoli, 10 luglio 1868, *Gazz. gen.*, XXI, I, 310.

della ipoteca di Sempronio, non collocato in grado utile (art. 716, 722 cod. proc. civ.): potrà dirsi per questo che Sempronio non possa domandare la surroga nell'ipoteca di Caio, per essere pagato sul prezzo del fondo B in pregiudizio di Mevio, iscritto, è vero, su questo fondo, ma con ipoteca di data posteriore alla sua? Evidentemente no. Sempronio non è tenuto infatti a giustificare di avere una ipoteca attualmente iscritta sul fondo A; basta che giustifichi di avercela avuta, e di non aver potuto ottenere pagamento perchè il prezzo ne è stato assorbito da Caio, iscritto anche sul fondo B. Siamo nei termini precisi dell' art. 2011, nei termini cioè del creditore avente ipoteca sul fondo A, rimasto perdente per essersi sul prezzo del medesimo soddisfatto Caio, che aveva ipoteca anche sul fondo B. Quello che importa è che sia rimasta accesa l' ipoteca di Caio; mentre è perfettamente indifferente che sia oramai cancellata la ipoteca di Sempronio, la quale, iscritta com' era sul fondo A, il cui prezzo è ormai stato distribuito, non poteva produrre alcuno effetto utile con la sua materiale esistenza nei registri.

Il creditore perdente può domandare la surroga nell' ipoteca del creditore anteriore, soddisfatto col prezzo dei beni a lui specialmente ipotecati, anche nel caso in cui la sua ipoteca si estenda ad altri beni, il cui prezzo non abbia servito al soddisfacimento di questo creditore (1); ciò esige il principio della indivisibilità della ipoteca proclamato nell' art. 1964 cod. civ., di fronte al quale la tesi che il creditore perdente dovesse prima escutere i beni sui quali ha ipoteca, per domandare la surroga unicamente quando non gli fosse dato conseguire integrale pagamento con tale escussione, non è meritevole di accoglienza.

Riprendiamo il nostro esempio. Sempronio, oltre che sul fondo A, colpito dalla ipoteca di Caio, è iscritto anche sul fondo C.

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 37.

Egli non è tenuto ad escutere questo fondo, prima di domandare la surroga nella ipoteca di Caio per avere pagamento sul prezzo del fondo B. Il fondo B prende di diritto di fronte a Sempronio il luogo che aveva il fondo A: quindi è come se egli avesse ipoteca sul fondo B e sul fondo C; niuna legge gl' impone di escutere questo prima di quello; nè potrebbe imporglielo senza lesione del suo diritto, perchè mentre Sempronio escuterebbe il fondo C, che può essere insufficiente per esiguità di valore, o per prevalenza di ipoteche anteriori al soddisfacimento del suo credito, Mevio potrebbe escutere il fondo B e rendere impossibile la surroga di Sempronio per mancanza di oggetto. Sempronio è dunque nel diritto di domandare la surrogazione appena verificatasi la sua incapienza sul fondo A; Mevio poi, potrà alla sua volta domandare la surrogazione nella ipoteca di Sempronio sul fondo C, come sarà chiarito a suo luogo (1).

587. Occorre però che chi domanda la surroga dimostri non solo di aver avuto una ipoteca sui beni sul prezzo dei quali è stato collocato un creditore anteriore, ma ancora di essere rimasto perdente in conseguenza di questa collocazione: se quindi resultasse che quando ancora il creditore anteriore non avesse assorbito il prezzo degl' immobili ipotecati a favore del creditore posteriore, questi non avrebbe potuto ottenere sul prezzo stesso pagamento del suo credito, la surrogazione non sarebbe ammissibile. Se ciò non fosse, il benefizio accordato dalla legge cesserebbe di essere un giusto riparo di un danno sofferto, per trasformarsi in una occasione d'ingiusta locupletazione in pregiudizio altrui (2).

(1) Sulla questione può utilmente consultarsi anco il Bicci (*op. cit*, 29), il quale la risolve nello stesso modo. Di eguale opinione è il Pochintesta (*op. cit.*, II, 355), il quale opportunamente osserva che la indivisibilità della ipoteca, introdotta a vantaggio del creditore, non può ritorcersi in suo danno.

(2) Bicci, *op. cit.*, 28; Pochintesta, *op. cit.*, II, 354.

Una importante applicazione di questo principio fu fatta non ha guari dalla corte di cassazione di Torino. Si trattava di una ipoteca iscritta su beni stradotali di una donna maritata, resultata perdente per essersi sul prezzo degli stessi beni soddisfatto un creditore anteriore. Questo creditore aveva iscrizione anche sui beni dotali della sua debitrice, ma tale iscrizione era stata presa in forza di opportuna autorizzazione e per il solo caso che il creditore iscrivente non potesse ottenere pagamento sul prezzo dei beni stradotali, che venivano contemporaneamente ipotecati a suo favore. Fu deciso che al creditore posteriore, evitto nella sua ipoteca sui beni stradotali, non appartenesse la surroga per esercitare l'azione ipotecaria sui beni dotali, perchè non aveva diritto di essere pagato oltre i limiti entro i quali questi beni erano stati obbligati. « La cassa di risparmio di Modena, disse la Corte, « non può ragionevolmente lamentarsi. Poichè quando essa prese « l'ipoteca sapeva, o doveva sapere, come non potesse fare alcun « assegnamento sui beni dotali della propria debitrice. La sur- « roga di cui nell'art. 2011 è concessa per un riguardo di equità « e per impedire che un creditore primeggiante, per favorire cre- « ditori posteriori a detrimento di altri, si rivolga sopra certi « beni a scelta collusiva. Ma qui, nè la cassa può invocare alcun « principio di equità, che è pure il fondamento dell' art. 2011, « nè si verifica il caso che ha determinato la disposizione del- « l' articolo stesso, dal momento in cui il primeggiante creditore « Banzi ha fatto niente altro che attenersi alle vedute ed agli in- « tenti superiormente spiegati e per cui la ipoteca sui beni dotali « era stata legalmente costituita soltanto in sussidio » (1).

Lo stesso sarebbe a dire se alla collocazione del credito del creditore perdente che domanda la surrogazione ostassero eccezioni personali; perchè se è vero, ed è manifesto, che non pos-

---

(1) Sentenza del 31 dicembre 1896, *Giur. it.*, 1896, I, 184.

sono opporsi a lui le eccezioni personali riguardanti il creditore anteriore rimasto soddisfatto sul prezzo di altri beni (1), è vera del pari, ed è del pari manifesta, la proposizione inversa, che cioè possono apporglisi le eccezioni che personalmente lo riguardano. Infatti la surroga dà diritto a collocazione nella ipoteca del creditore evincente, ma pel credito del creditore perdente e nel grado della sua ipoteca: è perciò naturale che tutte le eccezioni che avrebbero potuto opporsi contro di lui, se avesse esercitato direttamente l'azione ipotecaria sui beni colpiti dalla sua ipoteca, possono opporglisi egualmente quando tende ad ottenere pagamento mediante la surrogazione; si supponga che un creditore posteriore, o lo stesso debitore, impugnassero il suo credito come infetto di simulazione: la impugnativa, quando venisse accolta, come avrebbe impedito la diretta collocazione del credito, sarebbe di ostacolo alla surrogazione.

Un altro caso riferito dal Bicci (2) è il seguente. È noto come pel disposto dell' art. 1942 cod. civ. nessuna ipoteca può acquistarsi contro il compratore di un fondo, in pregiudizio della ipoteca legale dell' alienante, prima che lo stesso compratore abbia reso pubblico il suo titolo mediante la trascrizione. Ora se taluno, in spreto di tale disposizione, avesse iscritto un' ipoteca contro l' acquirente, non potrebbe pretendere di essere surrogato nell'ipoteca di un creditore dell'alienante, da cui rimanesse evitto, imperocchè non gli può essere lecito di ottenere indirettamente ciò che direttamente la legga gli nega, cioè un'ipoteca efficace in pregiudizio dell'ipoteca legale dell'alienante (3).

588. La surroga di cui è parola nell' art. 2011 non spetta al creditore che si trova perdente in forza di una iscrizione presa

---

(1) Cass. Palermo, 7 luglio 1894, *Foro it.*, 1894, I, 1156.

(2) *Op. cit.*, 28.

(3) Casale, 31 dicembre 1873, *Annali di giur. it.*, VII, II, 507.

a norma dell' art. 2060 cod. civ., la quale, come altre volte fu avvertito, ha la forma della iscrizione ipotecaria, ma non la sostanza della ipoteca, in quanto tiene separati i due patrimoni del defunto e dell'erede in vantaggio dei legatari e dei creditori aventi causa dal primo, ma non attribuisce un diritto di prelazione che non è nell' indole e nello scopo di questa speciale istituzione (1). Dato quindi il caso di un creditore ipotecario dell' erede, che resultasse perdente per essersi sul prezzo dei beni a lui ipotecati soddisfatto un creditore del defunto che con l' iscrizione per separazione di patrimoni si era assicurato la preferenza a norma dell' art. 2055 cod. civ., quel creditore non potrebbe ottenere la surroga su altri beni del defunto, a lui non ipotecati dell' erede, ma compresi nella iscrizione presa dal creditore soddisfatto: non ricorrono gli estremi dell' art. 2011 cod. civ. il quale, come disposizione affatto eccezionale, non può ricevere interpretazione estensiva. Il caso dovrebbe essere risoluto diversamente se il creditore soddisfatto avesse avuto, oltre la iscrizione per separazione, una ipoteca vera e propria sui beni della eredità, più estesa di quella del creditore perdente; ma in tale eventualità è necessario determinare se il pagamento è stato conseguito in virtù di questa ipoteca, o in virtù dell'iscrizione per separazione da lui presa a maggior garanzia sui beni non ipotecati a suo favore: se si è verificata la prima ipotesi, il creditore perdente potrà domandare la surrogazione; non potrà domandarla se si è verificata la seconda, di fronte alla quale non è applicabile il disposto dell' art. 2011 cod. civ. (2).

---

(1) Bicci, *op. cit.*, 33.

(2) Giustamente osserva a questo proposito il Bicci (*op. cit.*, 34) che la surroga ipotecaria non si altera nè si migliora pel concorso in che si trova col benefizio della separazione, e che per conseguenza: 1° Tale surroga non ha effetto contro il creditore chirografario del defunto che agisce con tale benefizio, nè sui mobili della successione conservati con questo,

589. È poi principio universalmente ammesso che la surroga non può farsi valere contro il creditore evincente che non abbia ottenuto integrale pagamento del suo credito ed abbia mantenuto inalterati i propri diritti contro il creditore posteriore che domanda la surrogazione. Il principio, proclamato espressamente dalla legge toscana del 1819 (1), si argomenta, nel silenzio dell' art. 2011 cod. civ., dalla natura e dallo scopo della istituzione, la quale rispetta la priorità dei gradi. Questo rispetto della priorità, derivante dal tempo della iscrizione, giustifica il principio di cui è parola, meglio della nota massima « *nemo videtur cessisse contra se* », invocata da tutti gli scrittori che si occupano della questione (2). Questa massima, che la legge non applica neppure in materia di surrogazione per pagamento (art. 1254 capov. cod. civ.), esula affatto dalla materia della surrogazione ipotecaria, che ha carattere reale non personale; nè vi è bisogno di ricorrervi per spiegare il suesposto principio, mentre la lettera stessa della legge serve a spiegarlo. Il creditore perdente s'intende surrogato in quanto sul prezzo dei beni a lui ipotecati sia stato soddisfatto un creditore anteriore. Chi non vede che se il creditore anteriore non è stato soddisfatto, e per la parte per la quale non è stato soddisfatto, non può aver luogo la surrogazione?

---

perchè non si dà surroga che sugli immobili e nella ipoteca e perchè altrimenti la surroga, che ha carattere reale, si convertirebbe in un subingresso di natura personale. 2° Operando sempre dalla data della iscrizione, la surroga non può valere contro i creditori ereditari con ipoteca di data anteriore, quando anche questi non avessero iscritto il beneficio della separazione.

(1) Legge 25 dicembre 1819, art. 9: « Le ragioni in tale guisa acquistate « non possono essere ritorte, neppure in concorso, contro i creditori ai quali « originariamente appartenevano ».

(2) Fu primo il Ricci ad invocarla (*op. cit.*, 35) e sulla scorta di lui la invocarono il Pochintesta, *op. cit.*, II, 357, il Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, 39, il Melucci, *op. cit.*, Lez. XXVII, n. 4.

Riprendiamo il nostro esempio. Caio creditore di L. 50,000, iscritto sui fondi A e B del valore di L. 50,000 ciascuno, consegue soltanto L. 40,000 sul fondo A, perchè le spese privilegiate assorbono le residuali L. 10,000. A Sempronio, iscritto esclusivamente sul fondo A, spetta egualmente la surrogazione nella ipoteca di Caio per essere pagato sul prezzo del fondo B a preferenza di Mevio, iscritto posteriormente sullo stesso fondo; ma esercitando questo diritto, Sempronio non può pretendere di essere pagato sul prezzo del fondo B a preferenza di Caio. Sul prezzo stesso sarà collocato prima Caio pel suo residuo credito, poi, per l'intero suo credito, Sempronio in virtù della surrogazione a lui spettante nella ipoteca di Caio; per ultimo, su quello che avanza, sarà collocato Mevio ultimo creditore iscritto. Applicare al caso la regola vigente in materia di surrogazione per pagamento, la regola cioè che il creditore soddisfatto in parte, e colui che in parte lo soddisfece, concorrono insieme a far valere i loro diritti in proporzione di quanto è loro dovuto, sarebbe un gravissimo errore; in quella materia infatti è lo stesso credito repartito fra surrogato e surrogante del quale si domanda collocazione, nella materia invece della surrogazione ipotecaria il surrogante domanda di essere pagato del credito proprio, ma con la prelazione spettante, in virtù della sua ipoteca, al creditore soddisfatto sopra altri beni; se questo non è stato soddisfatto integralmente, se sussiste ancora una parte del suo credito, è manifesta la sussistenza del suo diritto di prelazione (1).

590. La surroga avrebbe però effetto contro lo stesso creditore evincente, quando non si trattasse di una parte del suo credito rimasta insoluta, ma di un suo credito iscritto posteriormente a quello del creditore che si vale del rimedio accordato dall' art. 2011 cod. civ. Si supponga, riprendendo ancora una volta

(1) Cass. Napoli, 26 marzo 1880, *Gazz. Proc.*, XV, 164.

il nostro esempio, che sul fondo B, alla data del 1° gennaio 1898, invece di Mevio, fosse iscritto nuovamente Caio. Soddisfatto interamente Caio del primo suo credito sul prezzo del fondo A, Sempronio rimasto perdente nella sua ipoteca, iscritta su questo fondo il 1° gennaio 1897, avrebbe egualmente la surroga nella prima ipoteca di Caio, iscritta il 1° gennaio 1896; non potrebbe essere di ostacolo la seconda ipoteca iscritta da Caio il 1° gennaio 1898, come non sarebbe di ostacolo la stessa ipoteca presa, alla stessa data, da un altro creditore. Sempronio ha diritto di essere surrogato nella prima ipoteca di Caio; la seconda non può nuocergli, per quanto iscritta sul fondo B, perchè posteriore alla propria iscrizione (1).

591. Che dire del caso in cui il creditore evincente non abbia ottenuto integrale pagamento del suo credito sui beni ipotecati a favore del creditore evitto, che intende esercitare la surrogazione, ma abbia ottenuto sopra di essi collocazione proporzionale alla entità del suo credito, restando collocato pel residuo suo credito sul prezzo degli altri beni? A noi non par dubbio che il creditore evitto possa anche in questo caso valersi del rimedio accordatogli dalla legge. Dato infatti che il creditore evincente abbia con la sua collocazione proporzionale assorbito interamente il prezzo dei beni sui quali il creditore evitto aveva ipoteca, e soltanto in parte quello degli altri beni ipotecati a favore di altri creditori, aventi iscrizioni posteriori di data a quella del creditore evitto, il suo diritto alla surrogazione non può incontrare difficoltà; siamo nel caso preciso contemplato dal nostro articolo, di un creditore perdente per essersi sul prezzo dei beni ipotecati a suo favore

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, V, 39; Melucci, *op. cit.*, Lez. XXVII, n. 5; Pochintesta, *op. cit.*, II, 358; Bicci, *op. cit.* 39.—Torino, 14 settembre 1857, *Giur. it.*, IX, II, 721. La Cassazione di Roma in questo senso ebbe a decidere che la surroga ipotecaria non altera l'ordine dei creditori iscritti, nè i loro diritti di poziorità (11 giugno 1880, *Giur. it.*, XXXII, I, 1289).

soddisfatto un creditore anteriore; che questo sia stato soddisfatto in tutto o in parte sul prezzo di questi beni, poco monta; la evizione è derivata egualmente dalla prevalenza di un'ipoteca anteriore estesa ad altri beni, ed il prezzo di questi è affetto al soddisfacimento del creditore perdente (1).

Si è obiettato in contrario che la evizione da cui muove l'art. 2011 si verifica quando il primo creditore, giovandosi della indivisibilità, si fa pagare del suo intero credito sopra un fondo, lasciando liberi gli altri, perchè il fatto negativo di non esercitare l'azione ipotecaria sopra alcuni fondi pregiudica i creditori posteriori iscritti sugli altri fondi soggetti all'ipoteca e la equità consiglia a rimediare a questo danno; ma tale evizione non si verifica quando il creditore anteriore esercita cumulativamente l'azione ipotecaria sopra tutti quanti i fondi ipotecati a suo favore, prendendo la tangente proporzionale che gli spetta sul prezzo di ciascuno di essi. La evizione, e per conseguenza la perdita che dà luogo alla surrogazione, è soltanto quella, si è detto, che deriva da una collocazione superante la quota proporzionale che il fondo deve contribuire, tenuto conto della entità del credito e del valore respettivo di tutti i beni ipotecati; di guisa, che quando il creditore anteriore si contenta di prendere dal prezzo di ciascun fondo la quota proporzionale del suo credito, non può dirsi che cagioni al creditore posteriore quella perdita che dà diritto alla surrogazione. Dal momento che la collocazione proporzionale ha assorbito l'intero valore dei beni ipotecati a favore del creditore secondo iscritto, o tanta parte di questo valore da renderlo perdente, egli non può dire che la perdita è derivata dal fatto del creditore anteriore, mentre ha causa nella originaria insufficienza della garanzia da lui ottenuta (2).

---

(1) Napoli, 23 luglio 1879, *Foro it.*, IV, 1283; Casale, 2 aprile 1892, *Foro it.*, XVII, 715; Cass. Torino, 30 decembre 1892, *Foro it.*, XVIII, I, 552

(2) V. in questo senso un lucido e pregevole scritto di CANNADA-BARTOLI.

Può anche obiettarsi che l'istituto della surrogazione ipotecaria trae la sua ragione di essere dalla necessità di prevenire le collusioni tra primo creditore e creditori posteriori, a danno di creditori intermedii; che l'inconveniente di siffatti accordi, con cui tutto il credito del primo iscritto verrebbe a farsi gravare sul fondo vincolato al creditore intermedio, lasciando affatto libero quello vincolato al creditore posteriore, non si avvera in questo caso, in cui il primo credito viene repartito in giusta misura sopra tutti quanti i fondi vincolati, lasciandosi i singoli residui dei prezzi di tutti questi fondi a disposizione dei vari creditori aventi sui medesimi correlativa garanzia ipotecaria (1).

---

inserito nel *Filangieri* e riprodotto nel *Foro italiano*, IV, 1283, in nota alla citata sentenza della Corte d'appello di Napoli del 23 luglio 1879.

(1) Vedasi su questa seconda obiezione la dotta nota di Severino Braccio (*Foro it.*, XVII, I, 715) il quale però professa l'opinione contraria adottata nel testo e prevalente in giurisprudenza. V. ancora nello stesso senso l'altra nota di Castelbolognesi (*Foro it.*, XVII, I, 1135). Osserva quest'ultimo scrittore che al concetto della limitazione della surroga ipotecaria alla differenza fra la somma ottenuta dal creditore preminente con esercizio indiviso dell'azione ipotecaria sopra un solo fondo a danno di un creditore posteriore, e la somma provenientegli col frazionamento del credito ipotecario preminente in proporzione dei prezzi dei fondi ad esso vincolati, si era ispirata la legge concursuale prussiana 8 maggio 1855. Al § 56 essa disponeva che esercitandosi indivisibilmente da creditori preminenti l'azione creditoria sopra un solo fondo, i creditori successivi, aventi ipoteca speciale sul medesimo, si surrogassero nei diritti di ipoteca del creditore preminente su altri fondi, nei limiti di quanto avrebbero percepito se l'azione ipotecaria correale fosse stata esercitata proporzionalmente sui singoli fondi, e che a tale effetto si eseguiva un annotamento a favore del creditore perdente al margine dell'ipoteca del creditore preminente esistente su altri stabili. Non tardarono a verificarsi gravi inconvenienti. Nei frequenti casi in cui uno soltanto dei fondi affetti dall'ipoteca preminente era subastato, non si poteva determinare, ignorandosi il valore dei fondi non subastati, l'entità della somma per la quale la surroga aveva luogo e neppure chi fosse a considerarsi quale creditore perdente. La determinazione era possibile soltanto per mezzo della subasta degli altri fondi non ancora sottoposti ad esecu-

Ma gli obietti non hanno fondamento.

Non ha fondamento quello ultimamente riferito, perchè se il pericolo della collusione fra il creditore primeggiante e uno dei creditori posteriori in danno del creditore intermedio, fu il motivo determinante che spinse il legislatore toscano, e sulla scorta di esso i legislatori sardo e italiano, a istituire la surroga ipotecaria, certo è che questo speciale e provvido temperamento fu costruito in modo da condurre alla collocazione di tutti i creditori iscritti su tutti i beni sui quali ha ipoteca il creditore primeggiante, secondo l'ordine delle loro iscrizioni, senza distinguere il caso dell'assorbimento completo per parte del medesimo del prezzo di alcuni di questi beni, dal caso del pagamento ottenuto proporzionalmente al valore di ciascuno.

Nè maggior fondamento ha il primo obietto, essendo evidente che chi sta per iscrivere una ipoteca contro un individuo, e sopra una parte soltanto del suo patrimonio, è in diritto di prendere a calcolo non soltanto la entità dei fondi che colpisce, ma tutto quanto il margine di solvibilità che tuttavia presenta il patrimonio

---

zione, o con una contestazione fra gl' interessati. I creditori non potevano contare sul diritto loro accordato. Si ritenne allora fossero minori gl' inconvenienti dell' esercizio indivisibile dell' ipoteca in confronto degli inconvenienti dei rimedii escogitati; e con legge 12 marzo 1869, abrogata la introdotta disposizione, venne stabilito che rimanendo soddisfatto il creditore con ipoteca estesa a più fondi sul prezzo di alcuni di essi, l' ipoteca fosse estinta totalmente su tutti i fondi. Le successive leggi 5 maggio 1872 sul diritto ipotecario, § 42, e 13 luglio 1883 sulla esecuzione immobiliare, § 125, confermarono il portato della legge del 1869, cosicchè in Prussia la sorte dei creditori con ipoteca speciale primeggiata da ipoteca più estesa è governata, come in Francia, dai principii del pagamento con surroga e da palliativi empirici introdotti dalla pratica.

Per ciò che riguarda il nuovo cod. civ. dell' impero germanico che andrà in vigore il 1° gennaio 1900, vedansi i §§ 1132, 1172, 1173, 1174 che riguardano il caso della ipoteca presa su più fondi (ipoteca collettiva, *Gesammthypothek*) escludendo la surroga ipotecaria.

del suo debitore, preso come unità collettiva ed inscindibile. Trovate già accese, sui beni che colpisce, delle preventive iscrizioni, egli ha diritto di far calcolo, tanto sul margine libero dei beni stessi, quanto di tutti gli altri tuttora in proprietà del debitore, ai quali si estendono le iscrizioni che lo precedono. Di fronte al disposto dell'art. 2011 egli è in diritto di ritenere che o l'una o l'altra di queste due ipotesi non può mancare di avverarsi, e cioè: o il creditore già iscritto su tutti gli stabili di complessivo valore superiore al suo credito si fa pagare sui beni estranei ad esso iscrivente, e allora niuna questione può sorgere: oppure egli assorbirà il prezzo degli stabili sui quali sta per accendersi la nuova ipoteca, e allora il creditore posteriore andrà, subingredendo, sui fondi rimasti liberi. Dovunque pertanto e comunque il creditore primeggiante si paghi, certo è che un residuo sarà fermato dalla seconda iscrizione, senza pericolo che altri successivi diritti, che non siano di privilegio, debbano aver preferenza su di essa: quindi, accertato che il residuo sia tale da coprire il credito, la posizione del secondo iscrivente è certa e sicura; egli può con tutta ragione calcolare in diritto sopra una garanzia ipotecaria che in fatto ravvisi sufficiente al suo credito (1).

La legge parla di creditore perdente per essersi sul prezzo dei beni specialmente ipotecati a suo favore soddisfatto un creditore anteriore avente ipoteca sopra altri beni; pretendere, perchè si faccia luogo alla surroga, che il soddisfacimento sia stato integrale, negare la surroga quando è stato parziale, è un aggiungere alla legge; non è interpretarla, ma crearla di pianta.

Ammessa la tesi contraria a quella accolta da noi, si verrebbe a questa conseguenza, che fermati, cristallizzati, per così dire, i vari residui a favore dei diversi creditori iscritti sui fondi che

---

(1) Sono queste le argomentazioni di Braccio nella nota su citata, e ci paiono inconfutabili.

vi corrispondono, non più alla data delle iscrizioni verrebbe ad aversi riguardo nelle graduatorie, ma alla materialità del trovarsi l'ipoteca iscritta sull'uno piuttosto che sull' altro stabile, cosicchè chi iscrisse ultimo potrebbe trovare pagamento in pregiudizio di chi aveva una ipoteca di data più antica (1).

592. La surroga non spetta soltanto al creditore evitto dal creditore primeggiante avente ipoteca più estesa della sua, ma anche ai creditori posteriori, che si trovano alla loro volta perdenti per il fatto della surroga ottenuta dal primo (2). La legge dice chiaramente che lo stesso diritto spetta ai creditori perdenti in seguito alla surrogazione, e dagli scrittori è configurato il caso di dieci fondi gravati tutti dall' ipoteca a favore di un primo creditore, e ciascuno poi onerato di speciali ipoteche successive a favore di dieci creditori distinti. Se il primo creditore viene soddisfatto col prezzo dell' immobile ipotecato a favore del creditore secondo per ordine di iscrizione, questi, rimasto perdente, potrà domandare pagamento per via di surrogazione sul prezzo dell' immobile ipotecato al terzo creditore, il quale a sua volta potrà esercitare le sue azioni sul fondo ipotecato al quarto, e così di seguito, in modo che di surrogazione in surrogazione il danno ricada sull' ultimo creditore iscritto (3). Se poi il fondo ipotecato al terzo creditore non bastasse a pagare il credito del secondo, surrogato nei diritti del primo, la surroga potrà dal secondo creditore essere esercitata nei limiti e nel grado della propria iscrizione, e nei limiti, al tempo stesso, della ipoteca evincente (4), su quello e insieme sugli altri fondi ipotecati a favore dei creditori posteriori, aumentandosi la perdita di questi, di quanto si

---

(1) Braccio, *loc. cit.*

(2) Trani, 12 giugno 1877, *Giur. it.*, XXIX, II, 1006.

(3) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 40.

(4) Bicci, *op. cit.*

aumenta la collocazione del creditore che per primo ha diritto alla surrogazione (1).

Se poi più creditori fossero garantiti dalla stessa ipoteca, e il credito nel quale vengono surrogati non bastasse a far loro ottenere pagamento integrale, il soddisfacimento dovrebbe farsi fra loro per contributo (2), come se avessero più ipoteche iscritte sotto lo stesso numero sopra gli stessi beni (3).

593. Sotto l' impero delle legislazioni sarda e toscana si disputava, nel silenzio della legge, se la surroga spettasse al creditore rimasto perdente per l' esercizio di un privilegio sopra gli immobili esteso sopra altri beni e si risolveva negativamente pel giusto riflesso che le disposizioni concernenti la surroga hanno carattere eccezionale, intollerante perciò di una interpretazione estensiva (4). Il Codice vigente ha eliminato ogni disputa in proposito,

(1) Il Bicci (*op.* e *loc. cit.*) così in proposito si esprime: « Ad una circostanza poi è da badare attentamente, e che, trascurata, distruggerebbe « tutti i principii di diritto e di fatto della surroga: che cioè tutti questi subingressi successivi alla prima ipoteca evincente, non possono aver luogo « che entro i limiti della medesima. Ciò si farà chiaro per un esempio. Tizio « ha una ipoteca di 1000 estesa ai due fondi A e B. Sempronio ne ha una « di 700 sul fondo A, e su questo medesimo fondo Caio ne ha un' altra « per 400. Evitto Sempronio, è surrogato per suoi 700 sul fondo B, e Caio « alla sua volta è surrogato a lui; ma poichè l' ipoteca di quest' ultimo, cu« mulata alla precedente, sorpassa di 100 il valore della prima ipoteca evin« cente, così per questi 100 egli non può ottenere la surroga ». V. ancora Pacifici-Mazzoni, *op.* e *loc. cit.*

(2) Trani, 12 febbraio 1878, *Giur. it.*, XXX, II, 775.

(3) Se la iscrizione fosse presa sopra beni diversi anco più creditori iscritti nello stesso giorno non concorrerebbero per contributo, non verificandosi la ipotesi nel concorso della quale le iscrizioni richieste contemporaneamente si prendono sotto lo stesso numero secondo dispongono gli art. 2008, 2009 cod. civ.

(4) Di fronte all' art. 2350 del cod. Albertino decise in questo senso la Corte d' appello di Torino nella sentenza 8 febbraio 1870, *Giur. it.*, XXIII, II, 85. V. su ciò Pochintesta, *op. cit.*, II, 438. Quanto al diritto toscano confr. Bicci, *op. cit.*, 31.

dichiarando espressamente nel capoverso dell'art. 2011 che la surroga è concessa anche ai creditori perdenti per causa del privilegio stabilito dall' art. 1962.

Fu a suo luogo osservato che il privilegio accordato allo Stato pel tributo fondiario dell'anno in corso e dell' antecedente, comprese le sovrimposte comunali, nonchè pei diritti di registro e per ogni altro tributo indiretto, è, come la ipoteca, indivisibile (1); conseguenza logica e necessaria della indivisibilità, è evidentemente la surroga legale del creditore perdente in virtù del suo esercizio; potendo infatti lo Stato, e per esso l' esattore per i tributi diretti ed il ricevitore del registro per quelli indiretti, escutere indistintamente tutti gl' immobili sui quali cade il privilegio, o uno solo di essi, si verifica riguardo ai creditori ipotecari, aventi ipoteca meno estesa, quello stesso pericolo di evizione che ha determinato il legislatore a concedere la surroga nel caso della ipoteca più estesa primeggiante. Se pertanto l'esattore creditore d' imposta e sovrimposta fondiaria dovuta sopra diversi immobili posti nello stesso comune, invece di escuterli tutti, ne escute alcuni soltanto, privando della sua garanzia un creditore ipotecario iscritto precisamente sugli immobili stessi, e non sugli altri, il creditore per tal modo evitto è surrogato nel privilegio, per ottenere pagamento sugli altri immobili a preferenza di coloro che hanno iscrizione ipotecaria sui medesimi di data posteriore alla sua.

Taluno ha censurato in questa parte la disposizione dell' articolo 2011, osservando che fa risorgere improvvisamente gl'inconvenienti dell'antica pratica, in cui la surroga si esercitava all'insaputa degli altri creditori; e ciò per la impossibilità di fare l'annotazione di fronte al privilegio che è, siccome è noto, esente da iscrizione; ed ha pure avvertito non essere la disposizione stessa giustificata

---

(1) Vedasi il nostro *Trattato dei privilegi*, n. 82, 408, pag. 144, 593.

abbastanza dalla ragione che se ne dà nella relazione ministeriale, cioè dalla identità dei casi, imperocchè « se ogni spoglio fosse « stato motivo buono pel legislatore, onde concedere la surroga, « essa avrebbe dovuto estendersi anche agli altri privilegi, oltre « quello contemplato dall' art. 1962 » (1).

Altri scrittori non hanno condiviso questo modo di pensare, ed a ragione. Il codice non ammette, oltre il privilegio dello Stato per i tributi diretti e indiretti gravanti i beni immobili, altro privilegio che quello delle spese dei giudizi di spropriazione e di graduazione, le quali per necessità si repartiscono proporzionalmente su tutti quanti gl' immobili caduti in escussione. Or questo privilegio non si presta per il suo speciale modo di essere alla ipotesi della surrogazione; nè la impossibilità di far luogo all'annotazione è rispetto all' altro grave inconveniente, mentre l'annotazione è, come vedremo, meramente facoltativa anche quando si tratta della vera surroga ipotecaria. D'altronde ogni creditore sa, e deve sapere, per quanto sia primo iscritto, che avanti al suo credito possono essere collocate le imposte erariali e le sovrimposte nei limiti fissati dalla legge, e pagandosi le imposte di più fondi sul prezzo di un solo, è giusto che il danno si riversi sull'ultimo creditore iscritto, o sull'ultimo fondo rimasto libero presso il debitore (2).

La surroga di cui si tratta è dovuta al creditore perdente in forza dell'esercizio del privilegio, anche quando il fondo escusso dall' esattore è stato devoluto al demanio per mancanza di offerenti (3), perchè la devoluzione salda il debito pel quale il fondo fu espropriato e tiene luogo di effettivo pagamento del debito

---

(1) Ricci, *op. cit.*, 32; Pochintestà *op. cit.*, II, 348.

(2) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 33 in nota.

(3) Cass. Roma, 15 maggio 1894, *Foro it.*, 1894, I, 711; Cass. Roma, 21 novembre 1893, *Temi rom.*, XIII, 483.

stesso (1); ma non è dovuta al terzo che abbia mutuato il danaro per soddisfare il tributo e lo abbia realmente soddisfatto (2), perchè il caso potrebbe rientrare nella surroga per pagamento, non nella speciale surroga di cui è parola nell'art. 2011 cod. civ.

Fu anche deciso in questa stessa materia che « la limitazione che si legge nella prima parte dell'art. 2011 per la quale « il creditore perdente non può esercitare l'azione ipotecaria sopra « i beni ipotecati al creditore soddisfatto, se non per essere preferito ai creditori posteriori alla propria iscrizione, non si applica « ai creditori contemplati nella seconda parte dell'articolo stesso, « che siano perdenti per causa del privilegio esercito dallo Stato « giusta l'art. 1962 » (3); ma noi non possiamo approvare siffatta decisione. Il capoverso dell'art. 2011 estende la disposizione dello stesso articolo al creditore perdente per causa del privilegio; estende quindi tutta quanta la disposizione, con tutte le sue condizioni e modalità; nè si sa comprendere come il creditore perdente sopra un fondo, potrebbe essere surrogato nel privilegio in pregiudizio dei creditori anteriori alla sua ipoteca: abbiamo già accennato che la surroga non altera l'ordine dei creditori posteriori, nè il grado delle iscrizioni respettive. Per essere surrogato al privilegio il credito ipotecario del creditore perdente non diviene un credito privilegiato; resta un credito ipotecario da collocarsi secondo il suo grado.

Un esempio dimostrerà la verità di quanto affermiamo. Tizio ha iscrizione sul fondo A in data 1° gennaio 1898 e Caio ha iscrizione sul fondo B in data 1° gennaio 1897. Se l'esattore escute il fondo A per tributi dei fondi A e B appartenenti allo stesso proprietario, debitore di Tizio e di Caio, Tizio non può

---

(1) A forma dell'art. 54 della legge 2 aprile 1882 sulla riscossione delle imposte.

(2) Cass. Napoli, 25 gennaio 1896, *Giur. tor.*, 1896, 282.

(3) Roma, 25 luglio 1882, *Temi rom.*, 1882, 555.

esercitare l'azione di surroga sul prezzo del fondo B in pregiudizio dell'ipoteca di Caio, perchè una iscrizione presa il 1° gennaio 1898 non può essere collocata prima di un'altra presa il 1° gennaio 1897; ma se l'esattore escute il fondo B, Caio può rivalersi sul fondo A; l'ipoteca di Tizio non è in questo caso di ostacolo alla surrogazione, perchè posteriore a quella del creditore perdente.

2.°

Su quali beni può esercitarsi la surrogazione.

SOMMARIO

594. Quistioni che si presentano a tale riguardo — 595. Beni alienati dal debitore al momento in cui la surroga è domandata — 596. Beni acquistati dal debitore dopo che l'ipoteca del creditore perdente è stata iscritta — 597. Beni appartenenti ad un terzo ipotecati a favore del creditore evincente — 598. Beni sui quali la surrogazione si esercita.

594. Questo secondo punto delle nostre ricerche è quello che ha dato luogo nella pratica a maggiori difficoltà, specialmente per ciò che riguarda la questione di sapere se il creditore possa esercitare la surroga soltanto sui beni di spettanza del debitore comune a lui e al creditore evincente, o ancora sui beni ipotecati da un terzo a favore di quest'ultimo; ma si è anche disputato, e diversamente deciso, intorno ad altra questione analoga, consistente nel determinare se la surroga possa esercitarsi sui beni che avevano appartenuto al comune debitore, ma che erano stati alienati al momento in cui si vorrebbe sperimentare l'azione relativa, non che sui beni acquistati dopo che la ipoteca del creditore perdente è stata iscritta.

Queste diverse questioni meritano separato svolgimento.

595. Incominciamo dalla seconda, la quale, riprendendo il nostro esempio, si presenta nei termini seguenti. Caio creditore

di Tizio ha una ipoteca sui fondi A e B ambedue di sua spettanza. Sempronio ha ipoteca posteriore sul fondo A; dato che Caio si paghi sul valore del fondo A, spetta a Sempronio la surroga sul fondo B alienato da Tizio a Mevio? Per l'affermativa si può dire che Caio, avendo ipoteca tanto sul fondo A quanto sul fondo B, avrebbe potuto agire indistintamente tanto sul fondo A, rimasto in proprietà del debitore Tizio, quanto sul fondo B passato in proprietà di Mevio. Se Caio avesse escusso il fondo B, Sempronio avrebbe potuto ottenere pagamento sul prezzo del fondo A, che era affetto al soddisfacimento del suo credito: perchè non dovrebbe spettargli la surroga sul prezzo del fondo B, se a Caio è piaciuto di farsi pagare sul prezzo del fondo A? Siamo precisamente nel caso contemplato nell' art. 2011, di un creditore perdente per essersi sul prezzo dei beni a lui ipotecati soddisfatto un creditore anteriore avente ipoteca sopra altri beni.

Di questa opinione è un commentatore nostro, il quale in proposito così si esprime: « Di fronte ai termini in cui è conce-« pito l'art. 2011, non sembra potersi dubitare che il subingresso « si estenda anche ai beni alienati dal debitore. Invero nell'art. 2011 « si parla in genere della ipoteca spettante al creditore soddi-« sfatto sopra altri beni, e si concede appunto al creditore per-« dente il diritto di subingredire nell' ipoteca che apparteneva al « creditore soddisfatto, all' effetto di esercitare l'azione ipoteca-« ria sopra gli stessi beni. Dunque è evidente che questo subin-« gresso riguarda tutti i beni che erano colpiti dalla ipoteca che « ebbe la preferenza. A nulla rileva che questi beni siano del de-« bitore o di altri; il subingresso a favore del debitore abbraccia « senz' altro tutto ciò che era compreso nella ipoteca che fu per « esso causa di perdita; al creditore, che vide la sua garanzia « ipotecaria divenire inefficace pel concorso di un creditore ante-« riore, si volle lasciare aperta la via di spaziare liberamente su « tutti i beni a cui si estendeva quella del creditore che lo primeg-

« giò. Nè si saprebbe comprendere come si possa far dipendere « l'esercizio del subingresso dal fatto che i beni su cui si vuole « esperire siano passati ad altre mani » (1).

Ma la soluzione suesposta non è da accogliersi in modo assoluto, ed occorre distinguere. Se al momento in cui l'alienazione del fondo B consentita da Tizio a favore di Mevio venne resa pubblica mediante la trascrizione, Sempronio aveva già iscritto la sua ipoteca sul fondo A, escusso da Caio, primo creditore iscritto, il fondo A, e rimasto perdente Sempronio, questi avrà indubbiamente la surroga nella ipoteca di Caio sul fondo B e potrà perseguitarlo nelle mani di Mevio terzo possessore; ma se Mevio trascrisse il suo titolo di acquisto del fondo B prima che Sempronio iscrivesse la sua ipoteca sul fondo A, la contraria soluzione s' impone, in virtù della nota massima *« quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio »*. Non vi ha dubbio infatti che Mevio escusso da Caio e privato del suo acquisto, o costretto a pagarne una seconda volta il prezzo, ove lo avesse incautamente sborsato malgrado la ipoteca che lo gravava, avrebbe avuto regresso contro Tizio suo venditore e avrebbe potuto esperimentare le sue azioni di regresso sul fondo A, ove questo fosse rimasto in proprietà del debitore. Come potrebbe essere di ostacolo a tale azione di regresso l'ipoteca iscritta a favore di Sempronio sul fondo A, se questa fosse posteriore alla trascrizione del suo titolo?

È vero che l'art. 2022 cod. civ. accorda al terzo possessore che ha pagato i creditori iscritti, rilasciato l'immobile o sofferto la espropriazione, azione in via di subingresso contro i terzi possessori di fondi sottoposti ad ipoteca per gli stessi crediti che

(1) POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 360, il quale cita in questo senso: Cass. Torino, 27 giugno 1872, *Giur. tor.*, IX, 524; Modena, 2 giugno 1874, *Giur. it.*, XXVI, II, 281, alle quali può aggiungersi: Cass. Torino, 10 dicembre 1870, *Giur. it.*, XXII, 652.

sono a lui posteriori di data nella trascrizione del loro atto di acquisto, e non contro i creditori ipotecari iscritti sopra questi fondi. Ma *scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem*; ed un recente scrittore acutamente osserva che secondo la mente del legislatore l'istituto della surrogazione deve esercitare il proprio ufficio e la propria funzione non solo fra creditori e creditori (art. 2011), e fra terzi possessori e terzi possessori (art. 2022), ma ancora fra creditori e terzi possessori. « Se gli « art. 2011 e 2022, osserva esso, introducono separatamente la « surrogazione ipotecaria, l'uno nel rapporto dei creditori, l'altro « nel rapporto degli acquirenti, combinati assieme col lume di « una interpretazione logica, è forza riconoscere che essi ammet- « tono virtualmente la surrogazione anche nel rapporto composto « dei creditori e degli acquirenti. Ben vero che la interpretazione « di un *beneficium legis* vada contenuta nei suoi più ristretti li- « miti; ma il fondamento di questo istituto è tale di sua natura, « che escluderlo nel rapporto reciproco fra creditori e acquirenti « sarebbe come escludere dal pensiero della legge una medesima « idea di giustizia in due rincontri identicamente giusti. Di fatti « l'interesse del creditore, che vuol recuperare i 100 assicurati- « gli da un'iscrizione ipotecaria sull'immobile del debitore, non « è forse identico all'interesse dell'acquirente, che vuol salvare i « 100 investiti in un acquisto di proprietà del medesimo dante « causa? Stabilito quindi il conflitto fra questi due interessi « obbiettivamente identici, la legge lo deve risolvere in vantag- « gio di quello che si presenta moralmente più favorevole, pren- « dendo a norma di questo maggiore favore l'anteriorità di data « dei rispettivi titoli di acquisto, in conformità delle considera- « zioni precedentemente svolte » (1).

Riportandosi d'altronde alla condizione subbiettiva nella quale

---

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXIII, n. 6.

deve essersi trovato Sempronio al momento in cui assumeva la propria garanzia ipotecaria sul fondo A, è ovvio osservare che egli non può ragionevolmente aver fatto assegnamento sul diritto di surroga nella ipoteca di Caio estesa al fondo B, mentre dai registri ipotecari resultava trascritto a favore di Mevio l'acquisto dello stesso fondo. L'ipoteca del creditore perdente si trasporta, è vero, in virtù della surroga, sugli altri fondi ipotecati in favore del creditore soddisfatto, ma conserva la sua data d'iscrizione e da questa soltanto misura la propria efficacia (1). La surroga nella ipoteca di Caio esercitata da Sempronio rimasto perdente, non può pertanto aver luogo in pregiudizio di Mevio acquirente che ha trascritto il suo titolo prima che Sempronio iscrivesse la sua ipoteca; nella ipotesi di fondi ipotecati al creditore primeggiante, ma alienati a terzi possessori, la data della trascrizione dell'atto di alienazione, darà dunque la norma per decidere se il creditore perdente possa o non possa esercitare la surroga di cui all'art. 2011 cod. civ. Se quando fu trascritto il titolo del terzo acquirente la ipoteca rimasta perdente era già iscritta sui registri ipotecari, si dovrà ammettere la surrogazione; non dovrà ammettersi se la iscrizione è di data posteriore (2).

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, II, 43.

(2) La giurisprudenza è ormai pacifica in questo senso. Fino da quando la Cass. di Torino decideva contrariamente (v. nota a pag. 469) la corte d'appello di quella città in ripetute sentenze affermava la massima adottata nel testo: sentenza del 6 ottobre 1866, 21 maggio 1869, 1° febbraio 1870, 12 aprile 1875, *Giur. it.*, IV, 29, VI, 593, VII, 166, XII, 452. Questa divenne poi la *communis opinio*, e anco la Cassazione torinese finì per accettarla: Ancona, 29 marzo 1884, *Annali di giur. it.*, XVIII, III, 166; Cass. Roma, 19 giugno 1884, *Legge*, XXV, I, 111; Torino, 5 settembre 1884, *Annali di giur. it.*, XIX, III, 28; Cass. Torino, 12 agosto 1884, *Annali cit.*, XIX, I, I, 42; Casale, 19 gennaio 1885, *Giur. it.*, 1885, II, 24; Palermo, 6 marzo 1885, *Giur. it.*, 1885, II, 387; Cass. Firenze, 17 dicembre 1883, *Foro it.*, IX, I, 907; Lucca, 15 giugno 1886, *Foro it.*, XI, 941; Cass. Firenze, 22 febbraio 1886, *Foro it.*, XI, I, 214; Torino, 30 maggio 1887, *Giur tor.*, 1887, 490; Casale, 23 gennaio 1888,

596. Una controversia singolare che non presenta alcuna affinità colla precedente, è quella che consiste nel determinare se competa la surroga al creditore perdente, su beni acquistati dal debitore posteriormente all'iscrizione della sua ipoteca, dato il caso che il creditore evincente vi abbia esteso, dopo l'acquisto fattone dal debitore, la sua ipoteca che precedentemente era limitata al fondo ipotecato all'altro.

La disposizione dell'art. 1986 cod. civ., che permette d'iscrivere la ipoteca giudiziale sui beni acquistati dal debitore dopo la condanna, rende possibile il verificarsi frequente del caso ora preso in esame, mentre il caso stesso non disconviene neanche alla ipotesi di una ipoteca convenzionale costituita sui beni nuovamente acquistati, in aumento di un' ipoteca anteriore, a favore di colui che diventa poi il creditore evincente.

Facciamo anzitutto il caso pratico. Caio creditore di Tizio in forza di sentenza ha iscritto ipoteca giudiziale sul fondo A il 1° gennaio 1896; sullo stesso fondo ha iscritto ipoteca conven-

---

Foro it., III, 1, 288; Brescia, 31 ottobre 1888, *Mon. trib. Mil.*, XXX, 117; Cass. Torino, 9 febbraio 1889, 8 e 20 maggio 1891, *Foro it.*, XIV, I, 812, *Mon. trib. Mil.*, XXXII, 853, 599; Bologna, 6 luglio 1889, *Giur. it.*, 1889, II, 277; Cass. Torino, 28 febbraio 1892, *Legge*, XXXII, II, 122; Napoli, 13 febbraio 1892, *Foro it.*, XVII, I, 587; Cass. Palermo, 29 marzo 1894 e 30 marzo 1895, *Foro it.*, XIX, I, 551, XX, I, 665. Il Borsari (*Commento*, § 4249) il Pinto, (*Archivio giuridico*, XLII, 41) e il Chironi (*Quistioni di diritto civile*, pag. 256), propugnarono inutilmente la opinione contraria. Quella che ha prevalso fu strenuamente propugnata dal Ricci (*op. cit.*, 51). Intorno alla questione si è manifestata una terza opinione, quella del Luzzati (*Trascrizione*, II, 359), il quale vorrebbe si avesse riguardo alla data del titolo di acquisto, indipendentemente dalla sua trascrizione. Per la confutazione di questa opinione, basata sul concetto inesatto che il creditore perdente non è *terzo* di fronte all' acquirente, può consultarsi utilmente Pacifici-Mazzoni (*op. cit.*, 43), nonchè una sentenza a sezioni unite della Cass. di Torino 1° giugno 1884 (*Foro it.*, IX, I, 907) che a pochi giorni di distanza sconfessò altra sentenza della stessa Corte, che era scesa nel contrario avviso (10 giugno 1884, *Foro it.*, VIII, I, 715).

zionale Sempronio il 1° gennaio 1897. Il 1° gennaio 1898 Tizio si rende acquirente del fondo B, sul quale Caio, valendosi della facoltà accordatagli, estende la sua ipoteca lo stesso giorno. Sempronio non può estendervi la sua che è convenzionale, ed in secondo grado, sul fondo nuovamente acquistato, prende ipoteca Mevio, altro creditore, il 2 gennaio 1898. Caio ottiene pagamento sul fondo A assorbendone l'intero il valore, in modo che Sempronio resulta perdente. A chi spetterà collocazione sul prezzo del fondo A? Spetterà a Sempronio surrogato nella ipoteca di Caio sul fondo B, iscritta il 1° gennaio 1898, o spetterà a Mevio iscritto direttamente su questo fondo con ipoteca di data posteriore?

Per negare a Sempronio il beneficio della surrogazione si può osservare che quando egli acquistò l'ipoteca sul fondo A non poteva fare alcun assegnamento sul prezzo del medesimo, che era già vincolato a favore di Caio; e non poteva fare assegnamento sul prezzo del fondo B, che non era per anche entrato nel patrimonio di Tizio suo debitore. Ma è facile la risposta. Nell'accordare la surroga al creditore ipotecario perdente, il legislatore può avere avuto in mente le condizioni subbiettive nelle quali il creditore stesso si trovò al momento di prendere la sua iscrizione; ma non possono queste sole aver determinato la disposizione della legge. Il legislatore ha avuto presente una condizione di cose del tutto obbiettiva, la quale si è verificata al momento della evizione. Quando Caio si determinò ad agire, la sua azione ipotecaria, primo iscritto com'era tanto sul fondo A quanto sul fondo B, poteva essere esercitata indifferentemente sull'uno o sull'altro. Perchè non l'ha esercitata sul fondo B? Se uno dei due creditori posteriori era condannato a sicura perdita, non era egli giusto che questa ricadesse piuttosto su Mevio, che aveva iscritto la sua ipoteca il 2 gennaio 1898, di quello che su Sempronio che godeva della garanzia ipotecaria fino dal 1° gennaio 1897? Quando Mevio assunse la sua ipoteca sul fondo B, trovò che questo era già vincolato a favore di Caio; è vero che

Caio aveva anche ipoteca sul fondo A; ma sul fondo A figurava iscritta anche l'ipoteca di Sempronio, e la eventualità del subingresso di questo sul fondo B, se Caio si fosse pagato sul fondo A deve subito essersi affacciata alla sua mente, nè il vederla verificata può costituire per esso una circostanza inattesa e imprevedibile. Terzo egli giunse nel procurarsi la ipoteca sul patrimonio del debitore, e terzo conviene che rimanga.

Sempronio, iscritto sul fondo A, si trova perdente per essersi sul prezzo del medesimo soddisfatto Caio creditore anteriore; ma la ipoteca di Caio, sebbene iscritta originariamente sul solo fondo A, era stata estesa ad altri beni, e precisamente al fondo B, prima che Mevio lo vincolasse a garanzia del proprio credito: siamo pertanto nei precisi termini dell'art. 2011: non si tratta di estendere la sua disposizione dal caso contemplato a un caso non contemplato, lo che sarebbe interdetto in una materia di eccezione, ma di applicarla in un caso che in essa rientra secondo la sua lettera e secondo il suo spirito; secondo la sua lettera, perchè l'ipoteca di Caio è veramente un'ipoteca estesa ad altri beni, nella quale il creditore perdente ha diritto di essere surrogato per essere preferito, esercitando l'azione ipotecaria, a Mevio creditore posteriore alla propria iscrizione; secondo il suo spirito, perchè la legge tende ad evitare che il creditore anteriore avente ipoteca su diversi beni escluda dalla esecuzione quelli ipotecati a favore di un creditore ultimo iscritto in danno del creditore intermedio (1).

---

(1) La opinione esposta nel testo è lucidamente dimostrata dal MELUCCI (*op. cit.*, Lez. XXVIII, n. 8) il quale osserva che: « se il fatto arbitrario del « creditore primeggiante ha invertito l'ordine delle iscrizioni posteriori alla « sua, risorge quel criterio di giustizia in base al quale la legge ha orga« nizzato l'istituto della surrogazione ipotecaria . . . . . . anche in perfetta « armonia della parola dell'art. 2011, che accorda la surroga al creditore « secondo iscritto, rimasto perdente sul prezzo dell'immobile a lui ipote-

597. Viene per ultima la terza delle annunciate questioni che richiede ponderato esame.

Si supponga, riprendendo con le opportune modificazioni il nostro esempio, che Caio primo creditore iscritto sul fondo A appartenente a Tizio debitore, abbia ipoteca anche sul fondo B di spettanza di Mevio, che ha dato un supplemento di garanzia. Caio escute il fondo B, e consegue pagamento sul prezzo del medesimo in pregiudizio di Sempronio secondo creditore iscritto. Spetta a Sempronio la surroga nella ipoteca di Caio sul fondo B? Se il fondo B spettasse a Tizio debitore, non vi sarebbe alcun dubbio sulla risposta affermativa, perchè saremmo nei termini precisi dell'art. 2011: il dubbio proviene dal fatto che il fondo B spetta a Mevio, il quale, senza essere il debitore, ha dato ipoteca a Caio per garantire il debito di Tizio.

Non mancano nella patria giurisprudenza decisioni che hanno ritenuto la risposta affermativa, fondandosi specialmente sul fatto che mentre nell'art. 2350 del codice albertino la surroga era data

« cato, nelle ipoteche del creditore soddisfatto, iscritto sugli altri immobili « del debitore, senza distinguere l'epoca dell'acquisto di cotesti immobili « da parte del debitore medesimo ». Questa può dirsi del resto dottrina costante: PESCATORE, *Filos. e dottr. giur.*, p. 100; POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 361; PINTO, *Archivio giur.*, XLII, 53; RICCI, *Dir. civ.*, X, 243; MIRABELLI, *Dir. dei terzi*, II, pag. 82; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, II, 44; non dissente la giurisprudenza: Cass. Torino, 10 decembre 1870, *Giur. tor.*, VIII, 33. Una specie di fatto analoga ma non identica, a quella considerata in questo numero fu decisa dalla Cass. di Napoli con sentenza 22 agosto 1894 (*Foro it.*, XX, I, 146). I beni non erano stati ipotecati dal creditore evincente dopo l'acquisto fattone dal debitore, ma erano stati ipotecati sussidiariamente dal precedente proprietario, per maggior garanzia della obbligazione assunta dal debitore stesso, che poi si rese acquirente di quei beni. La Corte escluse che in tale ipotesi si dasse surrogazione al creditore perdente in questa ipoteca. Ed a ragione, perchè quando fu presa i beni spettavano ad un terzo e si rientrava perciò nel caso che sarà da noi esaminato al numero seguente. Vedasi però in senso contrario alla decisione della Cassazione napoletana la nota di COVIELLO in *Giur. it.*, 1894, I, 1060.

al creditore perdente nella ipoteca che il creditore soddisfatto aveva « *sopra gli altri immobili del debitore* », nell' art. 2011 si parla in modo generico di surroga nella ipoteca « *estesa ad altri beni* » (1). In sostegno di questa opinione si osserva che la ragione determinante del subingresso ipotecario concorre anche quando l' ipoteca del creditore evincente comprende fondi appartenenti a persona diversa dal debitore comune, purchè anche l' ipoteca su questi fondi garantisca lo stesso credito: il creditore evincente avrebbe potuto rivolgere l'azione ipotecaria sopra i fondi spettanti al terzo, e se la rivolge sui fondi del debitore comune, il creditore che rimane perdente può agire sugli altri fondi surrogandosi all' evincente. Non ammettendo questa surroga, si aggiunge, si favorirebbero le possibili collusioni fra il creditore anteriore ed il terzo, o gli altri creditori ipotecari di questo (2).

---

(1) Cass. Torino, 27 giugno 1872, *Giur. tor.*, IX, 524; Napoli, 9 maggio 1876, *Annali di giur. it.*, X, III, 334; Firenze, 6 marzo 1878, *Annali cit.*, III, 124; Trani, 12 febbraio 1876, *Annali cit.*, XII, III, 183; Genova, 9 marzo 1880, *Giur. it.*, XXXII, II, 467; Lucca, 18 febbraio 1881, *Annali cit.*, XV, III, 86.

(2) Così il Pacifici-Mazzoni (*op. cit.*, II, 42) riassume le ragioni che si adducono dal Pochintesta, solo sostenitore noto della opinione che ammette la surroga nella ipoteca del creditore evincente anco quando questa ipoteca colpisce i beni del terzo e non già quelli del debitore comune. L' errore fondamentale di questa opinione sta nell' equiparare la surroga ipotecaria alla surroga per pagamento, e nel considerare il surrogante come subentrato nei diritti del surrogato, mentre esso conserva il proprio credito e la propria ipoteca e soltanto gode, nei limiti di questa, della prelazione spettante a quest' ultimo. Ciò si argomenta dalle seguenti parole della corte d' appello di Genova riportate dal citato scrittore: « Nè vale il dire che venendo il « creditore perdente surrogato ad ipoteche su stabili non appartenenti al suo « debitore, verrebbe ad essere pagato da chi nulla gli deve, dappoichè esso « colla surroga non esercita già diritti proprii, sibbene unicamente quelli del « creditore soddisfatto cui trovasi surrogato in forza di legge ». In ciò sta appunto l' errore. Il creditore perdente non esercita i diritti del creditore soddisfatto; esercita diritti proprii con la ipoteca del creditore soddisfatto. La sentenza di Genova è quella del 9 marzo 1880 citata alla nota precedente.

Noi siamo, con la grande maggioranza delle decisioni (1) e degli scrittori (2), di contrario avviso.

L' argomento desunto dalla diversità di locuzione resultante dal confronto dell' art. 2011 cod. civ. con l' art. 2350 cod. albertino, non ha nè può avere la importanza che i fautori della opinione contraria vorrebbero gli fosse attribuita. Se la parola *« del debitore »* fosse stata soppressa col deliberato proposito di estendere gli effetti della surroga ai beni del terzo, ai quali pel codice albertino indubbiamente non si estendeva, sarebbe rimasto traccia nei lavori preparatorii di un così sostanziale cambiamento. Invece la relazione Pisanelli è perfettamente muta in proposito e dalla relazione della commissione senatoria si argomenta che nulla si volle innovare in proposito, perchè in essa si parla di *altri im-*

---

(1) Cass. Torino, 25 agosto 1882, *Giur. tor.*, XIX, 649; Torino, 12 aprile 1875, *Giur. tor.*, XII, 452; Genova, 16 settembre 1878, *Giur. it.*, XXXI, II, 94; Catania, 31 decembre 1875, *Annali di giur. it.*, XII, II, 414; Catania, 18 decembre 1885, *Foro it.*, 1886, 106; Casale, 23 gennaio 1888, *Legge*, XXVIII, II, 128; Cass. Torino, 9 febbraio 1889, *Giur. it.*, 1889, I, 465; Cass. Torino, 21 maggio 1891, *Legge*, XXXI, II, 118; Catania, 15 settembre 1893, *Giur. cat.*, 1893, 206; Cass. Palermo, 29 marzo 1894, *Foro it.*, XIX, I, 551; Cass. Torino, 28 febbraio 1894, *Giur. tor.*, 1894, 410; Catania, 19 decembre 1894, *Foro cat.*, 1895, 2; Firenze, 19 gennaio 1895, *Annali di giur. it.*, 1895, III, 83; Napoli, 25 marzo, e 24 luglio 1895; *Trib. giud.*, 1895, 107, *Movim. giur.*, 1895, 358; Cass. Palermo, 30 marzo 1895, *Foro it.*, 1895, I, 655; Catania, 10 decembre 1895, *Circ. giur.* 1896, 175.

(2) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 42; Melucci, *op. cit.*, Lez. XXIX, n. 1 e 7; Luzzati, *Trascrizione*, II, 361; Ricci, *op. cit.*, 41 e seg. A questi scrittori dette il suo autorevole appoggio un illustre giurista toscano, da poco rapito alla curia fiorentina, l' avv. Gaetano Feri (*Annali di giur. it.*, XIX, I, 358). La contraria opinione è sostenuta, come si è detto, dal solo Pochintesta (*op. cit.*, II, 362) che si fonda unicamente sulla sentenza della Cass. di Torino del 27 giugno 1872 citata di sopra a pag. 469 in nota. Occorre avvertire però che con ripetute sentenze posteriori quel supremo consesso si accostò alla opinione contraria, che ormai può dirsi *jus receptum* pel numero delle decisioni e per la eccellenza degli argomenti.

mobili del debitore e di *pegno comune*, parole queste che escludono il concetto della surroga nella ipoteca sui beni del terzo (1).

Nè maggiore importanza hanno gli argomenti desunti dalla *ratio legis*, perchè la disposizione dell' art. 2011, è contenuta nella Sezione V, Capo II, Tit. XXIII, la quale tratta « *dall'ordine fra le ipoteche* », e suppone, come tutte le altre disposizioni della sezione stessa, la *comunanza del debitore*, dalla quale hanno origine i gradi dell' ipoteca, il concorso dei creditori, l' ordine dei diritti ipotecari, cose tutte che presuppongono la comunanza stessa e che sono con la ipotesi di débitori diversi assolutamente incompatibili (2).

Riprendendo l' esempio posto più sopra, si supponga che sul fondo B dopo Caio creditore di Tizio fosse iscritto Andrea, creditore diretto di Mevio, sia pure con ipoteca posteriore a quella spettante a Sempronio sul fondo A. Soddisfatto Caio sul prezzo del fondo A, come potrebbe Sempronio pretendere di essere surrogato nella ipoteca di Caio sul fondo B spettante a Mevio, in pregiu-

---

(1) La Relazione PISANELLI è stata da noi riportata di sopra a pag. 440 in nota. Diamo qui la relazione della commissione senatoria di cui non riportammo che l' ultimo periodo: « Or questo diritto di subingresso parve così « evidente e conforme a giustizia, che non si dubitò d' inserire nel progetto la « disposizione del codice sardo, tuttochè il novello sistema eliminato avesse le « ipoteche generali. E per vero opportunamente avvertivasi concorrere parità « di ragioni per non differenziare i due casi, trattando medesimamente il caso « dell' ipoteca speciale, vinta da un' altra ipoteca speciale comprensiva di altri « immobili *del debitore*. Certo egli è che il rimedio del subingresso tornerà « efficacissimo ad impedire i concerti collusori fra un creditore avente ipoteca « speciale sopra più immobili, ed altri che abbia una ipoteca speciale sopra « taluno di essi, a detrimento di altro creditore, rivolgendo l'azione ipotecaria « sull' immobile a costui ipotecato e salvando così il creditore posteriore « di grado. La divisata soluzione parve alla commissione accettabile, comechè « rispondente ai dettati di equità e di egualità fra i creditori nelle loro ragioni « sul *pegno comune* ».

(2) RICCI, *op. cit.*, 41.

dizio di Andrea creditore diretto di quest' ultimo? La nozione della ipoteca sarebbe da questa anormale surroga sovvertita completamente. Quando Andrea iscrisse la sua ipoteca sul fondo A vide, è vero, che vi era l' iscrizione di Caio; ma poichè Caio aveva ipoteca anche sul fondo A, di proprietà di Tizio suo diretto debitore, ebbe ragione e diritto di credere che Caio si sarebbe pagato sul fondo A, lasciando libero a concorrenza del suo valore il fondo B. A una surroga di Sempronio nell'ipoteca di Caio sul fondo B non potè ragionevolmente pensare, nè aveva l' obbligo di esaminare quali ipoteche fossero iscritte dopo quella di Caio sul fondo A. Lo che è tanto più manifesto, per poco che si consideri, che se Caio si fosse voluto pagare sul fondo B, come per la indivisibilità della ipoteca avrebbe avuto diritto di fare, a Mevio, e per esso ad Andrea suo creditore, rimasto perdente per questa evizione, sarebbe spettato il regresso contro Tizio e per conseguenza la surroga nella ipoteca di Caio sul fondo A; ma la ipoteca di Caio è anteriore a quella di Sempronio; non può per conseguenza aver luogo la surroga in senso inverso, la quale altererebbe la regola *prior in tempore potior in jure.*

Dicemmo già che la surroga ipotecaria è reale non personale; viene sostituito per essa fondo a fondo, non viene sostituita persona a persona: ma ammettendo la surroga nella ipoteca contro il terzo, non si avrebbe soltanto sostituzione di un fondo all'altro, ma sostituzione altresì di una ad altra persona, concetto questo assolutamente inammissibile.

Non vale accampare il pericolo di collusioni, perchè la legge l'ha considerato unicamente nei rapporti di più creditori di uno stesso debitore, e perchè d' altronde non si potrebbe mai dire che colludesse col creditore primeggiante il terzo che lo persuadesse a escutere prima i beni ipotecati a suo favore dallo stesso debitore e a lasciar liberi i beni da lui ipotecati in sussidio per sicurezza dell' altrui obbligazione. È vero che il terzo che dà ipo-

teca per garantire il debito altrui non è equiparabile al fideiussore e non gode del beneficio della escussione; ma è vero del pari che gli spetta il regresso verso il debitore se il creditore escute i suoi beni e ottiene pagamento sul prezzo di questi. L'accordo in virtù del quale il creditore si persuadesse di escutere i beni del debitore a preferenza di quelli del terzo, non può dunque chiamarsi un accordo fraudolento, una collusione, mentre è pienamente conforme alla giustizia e alla moralità.

Di che può, d'altronde, lagnarsi Sempronio, secondo creditore iscritto sul fondo A, se si vede privato della sua garanzia per opera di Caio primo creditore iscritto sullo stesso fondo? Egli non aveva potuto ragionevolmente contare che Caio si sarebbe fatto pagare sul fondo B, per quanto vi avesse iscrizione, essendo cosa naturale che si escutano prima i beni del proprio debitore e solo in sussidio, e in caso d'insufficienza, quelli che un terzo ha ipotecato a garanzia del debito. Il concetto dell'unico reparto e dell'unica graduatoria in cui tutti i creditori sono collocati sul prezzo di tutti i beni secondo il grado della loro iscrizione, è in questa ipotesi da escludere per la resistenza della lettera e dello spirito della legge (1).

---

(1) A maggior chiarimento della importante questione ci piace riportare qui quanto osservò la Cass. di Palermo nell'ultima delle citate decisioni, *Foro it.*, XX, I, 665: « Non è da porsi in dubbio che la surrogazione ipote- « caria sia un istituto eccezionale, e perciò di stretta interpretazione, e che, « poggiandosi nella equità, mira a frustrare le insidie del debitore che possa « colludere con un creditore, avente ipoteca più estesa, a danno dell'attore « creditore garantito da limitata ipoteca. E quando un conflitto d'interessi « avvenga fra l'uno e l'altro creditore, e pel quale il secondo rimane evitto, « per essere stato il prezzo assorbito dal creditore evincente, la cui ipoteca « estendevasi su di altri beni dello stesso debitore, allora per finzione di « legge, che negli elementi di fatto debbe avere una base che la rende ve- « rosimile ed attuabile, la ipoteca dell'evitto dal fondo sul quale era iscritta « si trasporta in altro su cui non era iscritta, conservando il proprio grado « e credito. Questo movimento della ipoteca tiene necessariamente per base

598. Eliminate così le questioni che si presentano riguardo ai beni sui quali la surroga ipotecaria può essere esercitata, ben

« il concetto dell' unico debitore; dappoichè quella finzione di legge, sug-
« gerita dalla equità, deve avere il suo riscontro negli elementi di fatto che
« la rendono possibile e verosimile, come quello di essere il bene, su cui
« si effettua il subingresso ipotecario, dello stesso debitore a cui danno si
« espropriò l' altro bene, sul prezzo del quale si soddisfece il creditore evin-
« cente, e ne rimase evitto l' altro creditore con ipoteca limitata al bene
« devoluto. Sorpassare cotesti rapporti contrattuali ed ipotecari dei creditori
« evincenti ed evitto, per applicare il subingresso ipotecario ad una posizione
« di fatto diversa da quella su cui svolgesi quel nuovo istituto, estenden-
« dolo ai beni del terzo, importerebbe alterare lo istituto medesimo. Per-
« ciocchè sebbene il Pennisi Sforza fosse debitore sotto garenzia ipoteca-
« ria del Grassi Catanzaro, nessun rapporto per obbligo personale ed ipo-
« tecario esisteva tra il detto Pennisi e il creditore evitto Di Stefano, che
« teneva per suo debitore il Grassi d' Agata. Ed estinto da quest' ultimo, fi-
« deiussore solidale del Pennisi, coi suoi beni, il debito di costui verso il
« Grassi Catanzaro, al Di Stefano non rimaneva che il beneficio nascente
« dall' art. 1234 cod. civ. mutuandosi i diritti che il suo debitore si aveva
« contro Pennisi per aver soddisfatto il di costui debito, e non mai, come
« sarà dimostrato, quello del subingresso ipotecario elargato per quanto si
« voglia a base della surrogazione legale. Ha considerato che dall' essersi
« tolta dalla redazione dell' art. 2011 cod. civ. le parole *del debitore*, pel con-
« cetto dell' estensione dell' ipoteca del creditore evincente ad altri beni, non
« può cavarsi alcun serio argomento per affermare che il subingresso ipo-
« tecario si estenda ai beni del terzo, dappoichè dalla intera dizione di esso
« articolo traspare il concetto dell' unico debitore fondamento della surro-
« gazione ipotecaria; e sarebbe stata una ridondanza all' espressione « la cui
« ipoteca si estendeva ad altri beni » aggiungervi « del debitore ». E di-
« fatti, pur ricorrendosi ai precedenti storici per ispiegare l' indole di esso
« istituto, il risultato non sarebbe quello ritenuto dalla Corte di merito, a
« causa che, introdotto nel vigente Codice il concetto del subingresso nella
« ipoteca generale, che nel Codice sardo animava quell' istituto, e soppressa,
« per l' odierno sistema ipotecario, l' ipoteca generale, questa fu equiparata,
« ai fini del subingresso ipotecario, a quella speciale, ma estesa a diversi
« beni del debitore, e per cui la soppressione delle parole *del debitore* non
« può sospingere sino al terzo l' applicazione di quell' istituto, dacchè l' ipo-

poco resta da dire su questo argomento. La surroga spetta al creditore rimasto perdente sui beni a lui specialmente ipotecati, su tutti gli altri beni del debitore comune sui quali si estende la ipoteca del creditore primeggiante, e anche sul prezzo di questi beni dovuto dall'assicuratore, quando si verifica il caso speciale di cui è parola nell'art. 1951 cod. civ. (1); non però sul condominio spettante alle figlie pel conseguimento della loro legittima, diritto questo che non è all'ipoteca in alcun modo assimilabile (2); nè sui beni proprii dell'erede beneficiato, che vi ha esteso la ipoteca a favore di un creditore della eredità, anche prima che il creditore perdente iscrivesse la sua (3).

« teca generale, da cui si tolse, non comprendeva che i beni del debitore. « La Corte di merito con una petizione di principio ha creduto togliere le « difficoltà che si sollevano contro il sistema da esso adottato, col dire che « niun danno si farebbe ai creditori ed aventi causa posteriori, perchè av- « visati dalla iscrizione del creditore evincente a cui il perdente è surrogato. « Però siffatta osservazione suppone per vera la interpretazione dalla mede- « sima Corte data al ricordato art. 2011 con lo estendere la surrogazione « ipotecaria ai beni del terzo, il che importa risolvere la questione con la « questione, servendosi di argomento che suppone la soluzione del quesito « nel senso dalla Corte stessa propugnato. Ed essa ancora, partendo dal giu- « sto principio che i beni del debitore sono la garenzia del creditore, ha « ritenuto come beni del debitore i beni del terzo concludendone che il « creditore evitto nella sua ipoteca non acquista nulla di più del suo credito, « come il debitore non perde nulla di più di quel che poteva perdere, e il terzo « non fa che cambiare di creditore. Ma ciò implicherebbe un vero sovvertimento « di principii, stantechè il terzo in tanto è passibile di espropriazione da parte « del creditore di un altro, in quanto che vi si obblighi per contratto, ed esso « vincolo contrattuale non può estendersi a qualunque altro creditore del de- « bitore ».

(1) Brescia, 31 ottobre 1888, *Giur. it.*, 1888, II, 272.

(2) Casale, 4 marzo 1871, *Giur. tor.*, VIII, 167.

(3) Catania, 31 decembre 1875, *Annali di giur. it.*, X, II, 210. Il caso rientra nella questione esaminata al precedente numero, perchè l'erede beneficiato conserva la situazione giuridica di terzo rispetto ai creditori dell'eredità.

Spetta su questi beni e sui loro accessori considerati come immobili (art. 1967 n. 1 cod. civ.), non che sui miglioramenti e sulle altre accessioni dei beni stessi, come se il creditore perdente vi avesse preso iscrizione fino da principio.

3.°

Entro quali limiti di tempo può esercitarsi la surrogazione.

SOMMARIO

599. Fino a che sussiste la ipoteca del creditore evincente—600. Distribuzione del prezzo di tutti i beni in unico giudizio — 601. Caso della rivendita—602. Distribuzione del prezzo dei diversi beni in giudizii successivi — 603. Necessità di una graduazione nella quale il creditore che vuole essere surrogato resulti perdente.

599. È questa una ricerca generalmente trascurata dagli scrittori che trattano la nuova ed importante materia; la lettera e le ragioni della legge e le decisioni rese in proposito dalla patria giurisprudenza porgono il modo di affrontarla e di superarne le difficoltà.

Niun limite di tempo all'esercizio della surroga è posto nell'art. 2011 cod. civ. Si argomenta da ciò che essa può essere esercitata fino a che l'ipoteca del creditore evincente sussiste e conserva il suo grado sui beni rimasti liberi per essersi il creditore stesso soddisfatto sul prezzo di altri beni sui quali aveva iscrizione il creditore che ha sofferto la evizione. Escogitare decadenze fondate sulla inazione, sarebbe un aggiungere alla legge; non costituirebbe la interpretazione delle sue disposizioni, ma bensì la creazione di disposizioni che essa non contiene. La surroga può domandarsi fino a che l' ipoteca del creditore evincente, non essendo stata cancellata, può dispiegare il suo effetto utile; e per conseguenza il creditore che ha diritto di esercitarla può nei con-

grui casi opporsi alla cancellazione, ed anche impedirla, senza bisogno di promuovere una opposizione formale, eseguendo l'annotazione a suo favore.

Di questa, che riguarda la forma della surroga, sarà tenuto parola nella Sezione seguente. Frattanto, volendo dare alla ricerca che forma oggetto di questa il meritato svolgimento, è necessario distinguere il caso in cui tutti i beni sui quali si estende la ipoteca del creditore evincente hanno formato oggetto di unica subastazione per modo che il loro prezzo venga distribuito in un unico giudizio, dal caso sostanzialmente diverso nel quale siano stati escussi soltanto i beni sui quali il creditore evincente ottiene pagamento del suo credito, e la surroga debba esercitarsi promuovendo la esecuzione degli altri beni rimasti liberi per effetto di quella collocazione.

I due casi richiedono separato esame.

600. Caio, riprendendo sempre il nostro esempio, avendo ipoteca sui fondi A e B, li escute ambedue; ma nel giudizio di graduazione al quale si procede per la distribuzione del loro prezzo domanda ed ottiene collocazione unicamente sul prezzo del fondo A, nella evidente veduta di pregiudicare Sempronio, iscritto dopo di lui su questo fondo, e di favorire Mevio iscritto con ipoteca posteriore di data a quella di Sempronio sul fondo B. Sempronio ha ottenuto collocazione sul prezzo del fondo A; Mevio l'ha ottenuta sul prezzo del fondo B. Quando è che Sempronio dovrà domandare la surroga nella ipoteca di Caio sul fondo B, per essere pagato sul prezzo di questo a preferenza di Mevio che ha ottenuto collocazione sul prezzo del medesimo?

Diciamo quando è che dovrà domandarla, essendo evidente che in difetto di domanda del creditore perdente, nè il giudice delegato che redige lo stato di graduazione, nè il Tribunale che lo omologa, potrebbero d'ufficio accordarla, trattandosi di un diritto di ordine meramente privato, che ognuno deve tutelare da

sè stesso ove lo creda di suo interesse (1). E la risposta non è dubbia. Sempronio potrà domandare la surroga nel giudizio di graduazione, dato che sappia e si accorga che Caio ha domandato di essere collocato soltanto sul prezzo del fondo A; ma se non lo avrà saputo, e non si sarà per conseguenza accorto della perdita alla quale va incontro per la domanda presentata da Caio, potrà domandare la surroga nel successivo giudizio di liquidazione fatto a norma dell'art. 717 del Cod. di procedura civile; è questa anzi la sua vera sede, perchè è la sede nella quale la perdita si verifica.

Vi è per vero dire una sentenza contraria della Corte di Cassazione di Napoli, nella quale fu deciso che la domanda di surroga deve essere fatta prima che passi in giudicato la sentenza che omologa lo stato di graduazione (2), ma è una decisione isolata, contradetta da una serie costante di altre in senso contrario, le quali ci sembrano conformi all' indole dell' istituto e alle disposizioni della legge (3).

Disse in quella sentenza la corte regolatrice napolitana, che la liquidazione dei crediti, avvenendo quando lo stato di graduazione è già omologato, tende soltanto al fine di recare ad atto la graduazione ormai divenuta definitiva: e argomenta da ciò che qualunque variazione che in sede di liquidazione volesse farsi riesce abusiva ed arbitraria. Ma fu giustamente osservato che la legge non ha stabilito alcun termine per far valere il diritto alla surrogazione, e che è precisamente in sede di liquidazione che

---

(1) Cass. Napoli, 3 giugno 1878, *Giur. it.*, XXXI, I, 1, 176; Cass. Napoli, 12 febbraio 1886, *Legge* XXVI, II, 637.

(2) Del 3 giugno 1878, *Giur. it.*, XXXI, I, 1, 176.

(3) Casale, 6 giugno 1866, *Giur. it.*, XVIII, II, 288; Cass. Torino, 20 luglio 1866, *Giur. it.*, XVIII, I, I, 560; Cass. Torino, 28 giugno 1879, *Giur. tor.*, XVI, 653; Trani, 10 decembre 1890, *Legge*, XXXI, II, 133.

la perdita si verifica (1); come potrebbe escludersi in quella sede il diritto a domandarla?

Avemmo già occasione di notare più sopra (n. 556) che le sentenze di omologazione hanno forza di cosa giudicata soltanto intorno a ciò che ha formato argomento di discussione contraddittoria fra le parti interessate. Se pertanto in sede di omologazione non è stato discusso intorno alla surroga, e giunto il momento della liquidazione dei crediti, un creditore si accorge di restare perdente per effetto della collocazione chiesta ed ottenuta da altro creditore, la cui ipoteca si estende ad altri beni, sul prezzo di quelli ipotecati a suo favore, ben può domandare la surroga, che ha luogo di diritto, senza che faccia ostacolo la sentenza di omologazione, nella quale il tribunale non era stato chiamato a statuire in proposito.

601. Un caso singolare fu deciso dalla corte di appello di Modena. Erasi proceduto con unico giudizio alla subastazione dei beni ipotecati e alla distribuzione del loro prezzo; ma non avendo il liberatario pagato il prezzo, erasi fatto luogo contro di essi alla rivendita. La corte disse che anco nel giudizio di graduazione che tiene dietro alla rivendita può domandarsi la surrogazione, se è in conseguenza della rivendita che la perdita si verifica (2).

Stimiamo utile riportare *in parte qua* la motivazione del giudicato, che conferma punto per punto la soluzione di sopra adottata da noi.

« Si è opposto che, in ogni modo, la domanda di surroga è « stata fatta tardivamente; che il giudizio graduatoriale si è chiuso « colla sentenza di omologazione passata in giudicato, che oggi

---

(1) In questo senso, oltre la sentenza della Corte d' appello di Trani citata alla nota precedente, può consultarsi la nota critica apposta alla citata decisione della Cass. di Napoli, *Giur. it.*, XXXI, 1, 178.

(2) Sentenza del 17 maggio 1892, *Giurispr. it.*, XLIV, I, II, 340.

« infatti si è nello stadio di liquidazione e di reparto, e conse-
« guentemente non è più lecito alterare lo stato di collocamento
« ormai irrevocabilmente stabilito dalla sentenza medesima. Per
« altro, è da considerare che non si tratta punto, colla surroga,
« di alterare questo stato. I gradi rimangono li stessi. Trattasi
« unicamente di sostituire l'Ordine Gerosolimitano ai coniugi Ga-
« leotti-Scapinelli nel grado loro accordato sui lotti 2° e 4° in
« quanto il loro parziale collocamento sopra di essi non esaurisca
« la potenzialità della loro ipoteca. Quindi l'obiezione non regge.
« In fatti la giurisprudenza ha stabilito che la domanda di sur-
« roga possa farsi per la prima volta anche nel giudizio di liqui-
« dazione. Che se ciò è permesso allorchè si tratta di una prima
« vendita, con molto più ragione dovrà esserlo in caso di riven-
« dita. Imperocchè nell' un caso il resultato della prima vendita
« può aver fatti accorti i diversi creditori della possibilità o meno
« di essere utilmente graduati e della opportunità di valersi o
« no del diritto di surroga che ad alcuno di essi potesse giuri-
« dicamente competere, per farne, anche prima della formazione
« dello stato di collocamento e della sentenza di omologazione,
« analoga domanda. Nel caso invece di una rivendita, la quale
« non può necessariamente aver luogo se non quando, esaurito
« il giudizio di graduazione, il deliberatario manca di soddisfare
« le note di collocazione, è soltanto allora che riuscendo la ri-
« vendita in danno di alcuno dei creditori, sorge per questo (se
« ne è il caso) il diritto alla surroga e la possibilità di eserci-
« tarlo ».

La soluzione nel caso speciale deciso con quella sentenza, ci pare esattissima, ma non ci sembra che possa erigersi a regola generale. Si supponga infatti, per riprendere ancora una volta il nostro esempio, che stando alle resultanze del giudizio di graduazione, Sempronio ottenga pagamento integrale sul prezzo del fondo A, a lui specialmente ipotecato, sebbene sul prezzo di esso

sia stato collocato Caio, primo creditore iscritto: egli non domanda la surroga nella ipoteca di Caio sul fondo B, perchè non ha interesse, e per conseguenza non ha diritto, a domandarla: ma il liberatario del fondo A non paga il prezzo, si fa luogo in suo pregiudizio alla rivendita, e il fondo viene venduto per un prezzo tanto inferiore, che Sempronio resulta perdente; ecco sorgere la eventualità prevista dall'art. 2011 cod. civ., ecco sorgere, per conseguenza, l'interesse e il diritto a domandare la surrogazione. Se per il giudizio di rivendita fosse rimasto sospeso anco il pagamento del prezzo del fondo B, Sempronio potrebbe certamente domandare la surroga, ma se il pagamento non fosse rimasto sospeso, come potrebbe questa aver luogo? Può parere a prima vista che a Sempronio spetti il diritto di impedire gli effetti dell'avvenuta liquidazione con lo esperimento di rimedi cautelativi, che in previsione dell'esito della rivendita potessero valere a conservare il suo diritto: ma gravi obiezioni sorgono contro l'accoglienza di questa soluzione. Ammesso infatti che la liquidazione fosse avvenuta, che Sempronio avesse trovato utile collocazione, non ostante l'ipoteca anteriore di Caio, sul prezzo del fondo A, egli non potrebbe domandare la immediata surroga nella ipoteca di Caio sul fondo B, nè eseguire la relativa annotazione perchè non si verificherebbe lo stato di cose previsto dalla legge: se intanto il liberatario del fondo B sborsasse il prezzo, e Mevio ottenesse pagamento del suo credito, il liberatario stesso avrebbe diritto di domandare la cancellazione della ipoteca di Mevio, pagato da lui, e della ipoteca di Caio collocato sul prezzo del fondo A; eseguita la cancellazione, ed esaurito col pagamento di Mevio il prezzo del fondo B, non vi sarebbe più luogo alla surroga di Sempronio rimasto perdente in forza della rivendita avvenuta in pregiudizio del liberatario del fondo A.

Perchè dunque si verifichi la ipotesi contemplata dalla corte di Modena con la decisione di sopra riportata, occorre che si fac-

cia luogo alla rivendita di tutti i beni; se se ne rivendessero alcuni soltanto, di surroga non si potrebbe altrimenti parlare, perchè la previsione della possibilità della rivendita e della perdita che da questa potrebbe derivare, non autorizzerebbe certamente il creditore anteriore, non ancora rimasto perdente, ad impedire con provvedimenti conservativi il pagamento del creditore posteriore. La liquidazione chiude il giudizio; trasforma il grado delle singole ipoteche in un credito verso i singoli liberatari, ed in caso di rivendita (salvo che questa sia generale) ognuno corre l' alea nerente alla nuova aggiudicazione dei beni con il prezzo dei quali deve essergli pagata la nota di collocazione.

602. Veniamo adesso al secondo caso; al caso cioè che siano stati escussi soltanto i beni sul prezzo dei quali il creditore evincente ottiene pagamento del suo credito.

Qui si hanno minori difficoltà. La graduatoria dei beni escussi dà per resultato la evizione totale o parziale del creditore secondo iscritto; ma restano da escutere gli altri beni; il creditore rimasto perdente per essersi soddisfatto un creditore anteriore, la cui ipoteca si estendeva anche a questi, essendo surrogato di diritto in questa ipoteca, può esercitare egli stesso, in virtù della surroga, l'azione ipotecaria, per ottenere sul loro prezzo la collocazione del suo credito, o può lasciare che altri li escuta limitandosi ad esercitare il suo diritto nel giudizio di graduazione al quale si fa luogo in conseguenza di tale escussione. Per conservare poi il suo diritto, la legge gli concede la facoltà dell' annotazione, la quale impedisce al creditore evincente di consentire con effetto utile la cancellazione della sua ipoteca.

Riprendiamo il nostro esempio. Caio si è limitato ad escutere il fondo A: si fa luogo al giudizio di graduazione per la distribuzione del prezzo del fondo stesso: Caio lo assorbe interamente, o quasi, o Sempronio resulta perdente in tutto od in parte. Sempronio, surrogato di diritto nella ipoteca di Caio sul fondo B, ha

diritto di farlo vendere per ottenere pagamento del suo credito sul prezzo del medesimo a preferenza di Mevio iscritto su questo fondo con ipoteca di data posteriore alla sua; ma può anche lasciare che Mevio lo escuta; quando poi si fa luogo alla graduazione, e Mevio domanda di essere collocato sul prezzo che si distribuisce, Sempronio può presentare la sua domanda. A questo oggetto non occorre neppure che Sempronio abbia fatto eseguire l'annotazione della surroga a lui spettante; questo è utile per impedire che Caio, soddisfatto sul fondo A, consenta la cancellazione della sua ipoteca dal fondo B, o che il liberatario del fondo A, avendone pagato interamente il prezzo a Caio, che ha ottenuto con ciò completa soddisfazione del suo credito, faccia ordinare la cancellazione definitiva e totale della ipoteca di Caio, tanto dal fondo A quanto dal fondo B; è utile, ma non è necessaria; purchè l'ipoteca di Caio sussista sul fondo B al momento in cui la surroga è domandata, ricorrono i termini di applicazione dell'art. 2011 cod. civ.

In coerenza ai principii suesposti è stato deciso che il creditore rimasto perdente ha diritto alla surroga, tanto se alcuni soltanto, quanto se tutti i beni colpiti dalla ipoteca anteriore sono caduti in espropriazione (1); scopo della surrogazione essendo il mantenere il creditore perdente nella condizione in cui sarebbesi trovato se non fosse stato in concorso di altro creditore avente ipoteca anteriore estesa ad altri beni (2), le soluzioni da noi proposte non possono incontrare difficoltà.

603. È poi ovvio avvertire non farsi luogo alla surroga senza che la perdita resulti da un regolare giudizio di graduazione, provocato, sia dalla vendita coatta dei beni ipotecati, sia dalla procedura di purgazione promossa da un terzo possessore. Fu osser-

---

(1) Brescia, 10 luglio 1878, *Mon. trib. Mil.*, XIX, 836.

(2) Cass. Torino, 27 giugno 1872, *Mon. trib. Mil.*, XIII, 789.

vato in una decisione non recente ma meritevole di approvazione (1), che soltanto con la liquidazione ipotecaria che si ottiene mediante il giudizio di graduatoria, possono essere constatate le due condizioni richieste dall' articolo 2011 cod. civ., vale a dire che il prezzo del fondo ipotecato sia rimasto assorbito dalla dimissione dei creditori ipotecari anteriori e che perciò il creditore d' inferior grado abbia perduta la garanzia ipotecaria che in esso aveva.

Infatti, dato che Tizio proprietario dei fondi A e B ipotecati a favore di Caio, di Sempronio e di Mevio, secondo la fattispecie tante volte richiamata, erogasse nel pagamento di Caio, primo iscritto sui fondi stessi, l' intiero prezzo del fondo A, da lui volontariamente venduto, Sempronio non potrebbe domandare la surroga nella ipoteca di Caio sul fondo B se non quando il terzo acquirente avesse iniziato e condotto a termine il giudizio di liberazione e fosse stata fatta la graduatoria che ne è la giuridica conseguenza. « All' infuori della legale graduatoria, fu detto in quella sentenza, « può bene il proprietario del fondo ipotecato erogare tutto il pre- « sunto giusto prezzo del medesimo nella dimissione dei creditori « ipotecari poziori quanti ce ne entrino, ed il terzo acquirente « tutto il prezzo convenzionale dell' acquisto; ma non potranno « con ciò liberare il fondo dalle ipoteche del creditore rimasto in- « soluto, il quale viene anzi dalla legge investito del diritto di « domandare al terzo acquirente il pagamento del suo credito, o « il rilascio del fondo appurato, in forza della sua conservata « iscrizione ipotecaria ».

La osservazione è giusta per ciò che riguarda il terzo acquirente, al quale, nel giudizio dei gradi, si dovrebbe tener conto dei pagamenti fatti ai creditori primi iscritti nelle ipoteche dei quali è surrogato per disposto di legge (art. 1253 n. 2 cod. civ.); ma non è giusta riguardo all' altro caso di pagamenti fatti dallo

(1) Roma, 23 decembre 1876, *Foro it.*, II, I, 104.

stesso proprietario del fondo ipotecato, che sia personalmente obbligato alla estinzione dei debiti iscritti: questi pagamenti sono estintivi, e il fondo, rimanendo liberato dalle prime ipoteche, diviene efficace garanzia per i creditori ipotecari posteriori, i quali non risultano perdenti e non hanno perciò nè interesse nè diritto a valersi del rimedio della surrogazione.

4.°

Con quali forme la surrogazione può esercitarsi.

SOMMARIO

604. La risposta a questo quesito è facile per poco che si rifletta alla indole dell'istituto ed al suo scopo.

Fu già osservato che l'annotazione è facoltativa non obbligatoria, in quanto non ha per oggetto di far ottenere la surroga, la quale ha luogo di diritto, semprechè si verifichino le condizioni previste nell' art. 2011 (1), ma ha soltanto lo speciale oggetto d' impedire che con la cancellazione della ipoteca del creditore evincente ne sia reso impossibile l'esercizio (2).

Fu deciso talvolta essere necessaria l'annotazione quando la surroga deve sperimentarsi in altro giudizio e sopra beni il cui prezzo non cade attualmente in distribuzione (3): ma la espres-

---

(1) Cass. Palermo, 17 novembre 1895, *Foro sic.*, 1895, 482.

(2) Bologna, 12 ottobre 1872, *Giur. tor.*, X, 176; Napoli, 26 maggio 1875, *Gazz. Proc.*, X, 284; Torino, 21 ottobre 1872, *Giur. tor.*, X, 13; Casale, 18 ottobre 1866, *Giur. it.*, XVIII, II, 547; Cass. Torino, 30 decembre 1892, *Giur. it.*, 1893, I, 721.

(3) Cass. Torino, 20 luglio 1866, *Annali di giur. it.*, I, I, 94; Milano, 3 aprile 1869, *Mon. trib. Mil.*, X, 1091.

sione della legge « *può fare eseguire la relativa annotazione come è stabilito nell'art.* 1994 », evidentemente manifesta il concetto che non si tratta di un obbligo, ma di una mera facoltà, e per conseguenza la necessità di cui è parola in quelle decisioni non può essere intesa se non nel senso che l'annotazione è necessaria per conservare il diritto alla surroga, non per esercitarla.

Si supponga infatti, riprendendo il nostro esempio, che sia stato venduto il fondo A e che Sempronio sia rimasto perdente per essersi sul prezzo del medesimo soddisfatto Caio. Nel successivo giudizio di graduazione nel quale si distribuisce il prezzo del fondo B, Sempronio può domandare collocazione in virtù della surroga operatasi di diritto in suo favore, per quanto non abbia annotato l'ipoteca di Caio; ma se questa fosse stata cancellata, appunto perchè Sempronio non fu cauto, e non eseguì l'annotazione, la surroga non sarebbe altrimenti ammissibile; e in questo senso, e a questi speciali effetti, può dirsi necessaria l'annotazione (1).

605. Se pertanto l'annotazione è puramente facoltativa, e di fronte alla ricordata disposizione della legge non è lecito revocarlo in dubbio, è evidente che la surroga non è soggetta, per ciò che attiene al modo di farla valere, all'adempimento di speciali formalità.

Se essa viene richiesta nello stesso giudizio nel quale si verifica la perdita, basta una semplice domanda: se questa viene presentata prima che sia formato ed omologato lo stato di graduazione, la domanda potrà essere promossa nelle forme proprie del giudizio di graduazione, senza che occorrano speciali notificazioni rese superflue dal carattere universale di questo giudizio (2); ma

---

(1) Al caso della ipoteca cancellata è da equiparare quello della ipoteca perenta (Bicci, *op. cit.*, 54).

(2) Salvo il caso di domanda presentata tardivamente di cui è cenno nel-

se è nel successivo giudizio di liquidazione che il creditore perdente esercita il suo diritto, la citazione del creditore in pregiudizio del quale la surroga dovrebbe operarsi è indubbiamente voluta dal legislatore. Questa citazione può poi essere preventiva, in modo che della surroga possa essere tenuto nella liquidazione futura il debito conto, ma può anche essere successiva e tradursi in atto per via di opposizione alla liquidazione già compiuta e depositata in cancelleria dal perito liquidatore (art. 717 codice proc. civ.).

Può accadere infatti che la perdita sia prevista o semplicemente temuta, e in tal caso non è vietato di domandare la surroga in precedenza, anche col carattere di semplice domanda eventuale, se ed in quanto, cioè, la perdita sia per verificarsi; ma può accadere, e accade spesso, che la perdita resulti soltanto a liquidazione compiuta, perchè i giudizii di graduazione, per le forti spese che si liquidano all'ultimo e per gl'interessi accumulati, riservano bene spesso spiacevoli sorprese agli interessati; e in tal caso non può essere nè è vietato a chi si avvede di essere perdente di presentare la sua domanda di surroga sotto forma di opposizione alla perizia di liquidazione, nel termine di cinque giorni dalla consegna del biglietto di avviso di cui al citato art. 717.

Se poi la surroga viene domandata in un giudizio di graduazione successivo a quello nel quale la perdita si è verificata (1), la sua forma non può consistere in altro che nella pre-

---

l'art. 714 cod. proc. civ. (art. 237 Reg. gen. giud.). Infatti l'art. 709 dello stesso codice, mentre fa obbligo ai creditori iscritti di depositare in cancelleria le loro domande nel termine di giorni trenta dalla notificazione del bando. dispone al capoverso che gl'interessati possono esaminare le domande stesse insieme ai documenti prodotti.

(1) Questa eventualità, in contrapposto all'altra, è opportunamente avvertita dal BICCI, *op. cit.*, 53.

sentazione di una domanda di collocazione nel giudizio stesso sul quale la surroga si vuol conseguire (1).

La domanda deve naturalmente essere accompagnata dai documenti giustificativi, comprovanti la perdita subìta nel precedente giudizio per la collocazione del creditore evincente avente ipoteca sugli altri beni il prezzo dei quali cade adesso in distribuzione.

606. Dal fin qui detto si argomenta che se l'annotazione è meramente facoltativa, è però utile e prudente eseguirla tutte le volte che la surroga non può esercitarsi nello stesso giudizio di graduazione nel quale la perdita si è verificata.

L'annotazione si fa con le forme prescritte nell'art. 1994, e noi potremmo rimandare a quanto fu in proposito esposto nel Capitolo III del Titolo II (sopra n. 454 e seg.) se non si presentasse per questo caso una speciale difficoltà meritevole di essere presa in considerazione.

L'art. 1994 cod. civ. dispone che il cessionario, la persona surrogata e il creditore che ha in pegno il credito possono fare annotare la cessione, la surrogazione o il pegno, consegnando al conservatore l'atto relativo. Il legislatore si riferisce evidentemente alla surrogazione ordinaria, che ha luogo in virtù di un atto di prestito o di pagamento nelle varie ipotesi configurate negli art. 1252, 1253 cod. civ. Ma che dire del caso sostanzialmente diverso della surrogazione ipotecaria? Di atto non può par-

---

(1) In una recente decisione della Corte d'appello di Trani di cui abbiamo sott'occhio la sola massima, fu detto che il diritto al subingresso può essere fatto valere in regolare giudizio (sentenza del 20 luglio 1896, *Riv. giur. Trani*, 1896, 722); ma noi non siamo di questo avviso, perchè un giudizio di cognizione non sarebbe in questa materia ammissibile e si risolverebbe in una inutile spesa. Dal momento che la surrogazione ha luogo di diritto, è perfettamente inutile provocare una sentenza la quale nulla aggiungerebbe alla già verificatasi surrogazione.

larsi, perchè la perdita è un fatto, non è un atto che possa essere presentato al conservatore; d'altra parte la surroga avvenendo di diritto, non occorre, perchè vi si faccia luogo, e perchè possa per conseguenza essere domandata la relativa annotazione, una speciale e formale dichiarazione di volontà (1). Che cosa adunque dovrà presentare al conservatore la parte richiedente, oltre la istanza richiesta per l'adempimento di qualsiasi formalità? E dato che gli venga presentata la nuda istanza, dovrà egualmente il conservatore procedere alla operazione?

A noi sembra che il conservatore sia nel diritto di esigere un certificato della cancelleria, dal quale resulti lo stato di fatto previsto come causa di surrogazione nell'art. 2011 cod. civ. Il cancelliere del Tribunale dinanzi al quale ha avuto luogo il giudizio non potrebbe rifiutarsi di rilasciarlo, perchè ha negli atti del giudizio stesso gli elementi necessari per compiere con piena cognizione di causa questa funzione, che rientra evidentemente fra le obbligazioni inerenti al suo ufficio (2).

5.°

Effetti della surrogazione.

SOMMARIO

607. Quali sono questi effetti quanto alla somma e quanto alla prelazione — 608. Ipotesi di surrogazioni successive — 609. Surrogazione nel privilegio dello Stato.

607. Gli effetti della surrogazione ipotecaria sono nettamente delineati da quanto abbiamo esposto sulla origine, sulla natura e sullo scopo dell'importante istituto giuridico. Poche parole basteranno ad esporli sistematicamente.

---

(1) Trani, 12 decembre 1879, *Riv. giur. Trani*, V, 755.

(2) Art. 274 e seg. Regolam. gen. giud.

Ben diversa dalla surrogazione per pagamento (1), la surrogazione ipotecaria ha luogo non pel credito del surrogato, ma pel credito del surrogante, e a concorrenza della perdita subìta dal medesimo.

Quanto alla somma per la quale può essere esercitata, essa trova però un limite, non soltanto in questa perdita, ma anco nella estensione della ipoteca nella quale la surrogazione ha luogo. Sempronio rimasto perdente per L. 20,000 non può pretendere di essere surrogato nella ipoteca di Caio per somma maggiore, per quanto questa ipoteca sia di maggior somma; ma se la ipoteca di Caio fosse di somma minore, non potrebbe ottenere la surroga per tutto ciò che ha perduto, ma soltanto per quella parte della sua perdita che è garentita dalla precedente iscrizione (2).

Quanto ai beni sui quali ha luogo, ne fu largamente discorso; qui ci limitiamo ad accennare che sono i beni colpiti dalla ipoteca del creditore evincente (3).

Quanto alla prelazione spettante a chi esercita la surroga sul prezzo di questi beni, basta avvertire che questa ha luogo non già col grado della ipoteca evincente, bensì col grado di quella evitta, perchè il surrogante non può ottenere collocazione se non col grado della sua iscrizione, senza pregiudizio dei creditori anteriori (4). Il suo scopo essendo, come già fu avvertito, il man-

(1) Firenze, 31 ottobre 1889, *Giur. it.*, 1889, II, 401.

(2) Bologna, 12 ottobre 1872, *Giur. tor.*, X, 196; Trani, 12 giugno 1877, *Giur. it.*, XXIX, I, II, 1006.

(3) Parlando dei beni sui quali la surrogazione ha luogo (sopra n. 586 seg.) venimmo necessariamente ad anticipare le nozioni intorno agli effetti di essa da questo speciale punto di vista. Tralasciamo quindi ogni ulteriore osservazione in proposito a scanso d'inutili ripetizioni.

(4) Torino, 12 aprile 1875, *Giur. tor.*, XII, 452; Casale, 27 novembre 1867, *Giur. it.*, XIX, II, 710; Cagliari, 5 febbraio 1895, *Giur. sarda*, 1897, 77.

tenere il creditore perdente nella condizione in cui sarebbesi trovato se non fosse stato in concorso con altro creditore avente ipoteca anteriore estesa ad altri beni (1), è manifesto che si subentra nella ipoteca, ma non nel grado del creditore evincente (2). Se pertanto vi fossero dei creditori intermedii, la surroga si avrebbe egualmente; ma fino a che questi non fossero pagati non spiegherebbe il suo effetto utile. Si supponga, riprendendo per l'ultima volta il nostro esempio, che la ipoteca di Mevio sul fondo B abbia data anteriore a quella di Sempronio sul fondo A. Sempronio rimasto perdente per essersi pagato sul prezzo del fondo A, Caio, primo creditore iscritto sopra ambedue i fondi, avrà egualmente diritto alla surroga nella ipoteca di Caio sul fondo B; ma non potrà pretendere di essere collocato sul prezzo del medesimo se non dopo che sul prezzo stesso avià ottenuto pagamento Mevio, la cui ipoteca ha data anteriore alla sua.

608. La ipotesi di più surrogazioni successive, contemplata nell' art. 2011 con le parole « lo stesso diritto spetta ai creditori perdenti in seguito alla detta surrogazione », non presenta speciali difficoltà. Il creditore che resulta perdente per la surrogazione esercitata da altro creditore sui beni specialmente ipotecati a suo favore, sottentra alla sua volta nella ipoteca del creditore

---

(1) Consulta su ciò la sentenza della Cass. di Torino, 27 giugno 1872, *Mon. trib. Mil.*, XIII, 789, citata già alla pag. 469, nota 1.

(2) Cass. Napoli, 5 luglio 1895, *Foro it.*, 1895, I, 979. « Il creditore evitto, « fu detto in questa importante decisione, esercita per virtù della surro- « gazione l' azione ipotecaria sugli stessi beni ipotecati al creditore evincente, « ma non con lo stesso grado della iscrizione di costui; e l' effetto dell' esecu- « zione dell' azione enunciata, esplicitamente dalla legge dichiarato, è quello « di essere preferito ai creditori posteriori alla iscrizione dell' evitto, alla « propria iscrizione, cioè, secondo la locuzione dell'art. 2011, non a quella del « creditore soddisfatto ». Confr. ancora: Cass. Roma, 11 giugno 1880, *Foro it.*, « Rep. 1880, Voce *Surrogazione*, n. 15; Napoli, 17 dicembre 1878, *Foro it.*, Rep. 1877 stessa voce, n. 14.

primo iscritto per ottenere pagamento sopra altri beni, specialmente ipotecati a favore di altro, con iscrizione di data posteriore alla sua, e così di seguito.

Perchè la ipotesi si verifichi, occorre però configurare il caso di un creditore primo iscritto avente ipoteca sopra una certa quantità di fondi, ciascuno dei quali è poi ipotecato specialmente a creditori diversi. La pratica presenta raramente il caso di un simile intreccio, come lo dimostrano la mancanza di decisioni in proposito e la uniformità dell' esempio addotto dai commentatori (1).

609. Più importante è il caso della surrogazione nel privilegio accordato dall' art. 1962 cod. civ. la quale ha luogo, per il capoverso dell' art. 2011, a favore dei creditori perdenti in virtù dell' esercizio del privilegio medesimo. Dato che l' esattore, per ottenere pagamento del tributo dovuto su varii immobili situati nello stesso comune, ne escuta uno solo, il creditore ipotecario rimasto perdente in virtù di questa escussione, è surrogato nel privilegio sul prezzo degli altri immobili, e può esercitarlo col grado della sua ipoteca.

Quello che fu detto di sopra al n. 593, ci dispensa in proposito da ogni ulteriore osservazione.

6.°

Disposizione speciale dell' art. 2087 cod. civ.

SOMMARIO

610. Contenuto di questa disposizione.

610. Riportammo già a pag. 441 la disposizione dell'art. 2087 cod. civ. e le parole della relazione Pisanelli che servono a chiarirne lo scopo.

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 40; Ricci, *op. cit.*, 16, 38. Il suddetto esempio fu da noi riportato di sopra al n. 592, pag. 462.

Fino a che la situazione dei vari creditori ipotecari non è irrevocabilmente fissata dalla notificazione accennata nell'art. 2043 cod. civ., e della notificazione del bando venale se si tratta di vendita coatta, ogni creditore ipotecario ha piena facoltà di rinunziare in tutto o in parte alla sua ipoteca, quantunque la rinunzia parziale possa tornare di danno agli uni e di giovamento agli altri; ma dopo che con quelle notificazioni i creditori sono avvertiti che sta per procedersi alla distribuzione del prezzo, non solo è vietata la rinunzia parziale, ma è vietata ancora la volontaria astensione dal proporre la istanza nel giudizio di graduazione, quando però abbiamo per iscopo di favorire un creditore a detrimento di un altro anteriormente iscritto (1). Avvenute quelle notificazioni, il creditore non può rinunziare parzialmente alla sua ipoteca, neppure se riceve pagamento del suo credito, perchè in forza delle notificazioni stesse i creditori perdenti per effetto di quel pagamento hanno quesito il diritto alla surrogazione (2).

La pena minacciata al creditore che contravvenga al divieto scritto nell'art. 2087 cod. civ. è il risarcimento dei danni, i quali in altro non possono consistere se non nel rimborso di quello che il creditore perdente avrebbe potuto conseguire se l'astensione del creditore anteriore, o la sua rinunzia parziale, non avessero reso impossibile l'esercizio della surrogazione.

La rinunzia totale non può essere cagione di danno, perchè lascia i creditori posteriori nella posizione attribuita a ciascuno dal grado e dalla estensione della propria ipoteca.

Per ciò che attiene all'estensione la legge vuole che sia *volontaria*, commessa cioè colla intenzione di favorire un creditore in pregiudizio di un altro; che se fosse commessa in buona fede,

---

(1) Casale, 27 novembre 1867, *Giur. it.*, XIX, II, 710; Napoli, 15 luglio 1876, *Gazz. proc.*, XI, 365.

(2) Cass. Napoli, 31 gennaio 1880, *Legge*, XX, I, 624.

non sarebbe produttiva di così odioso effetto. L'art. 2087 cod. civ. regola in sostanza un caso speciale di colpa aquiliana ed i principii che generano la responsabilità del *damnum injuria datum* gli sono applicabili (1).

Il creditore danneggiato dalla rinunzia parziale o dall'astensione volontaria del creditore evincente ha una semplice azione di risarcimento di danni; la surroga non è altrimenti invocabile, mancando ormai la ipoteca che dovrebbe esserne oggetto.

CAPO II

EFFETTI SPECIALI DELLA IPOTECA RIGUARDO AL TERZO POSSESSORE.

SOMMARIO

611. Fu altrove osservato, considerando la ipoteca nei suoi caratteri (sopra vol. I, n. 5), che la essenza sua di diritto reale consiste nella prelazione spettante al creditore ipotecario sul prezzo dell'immobile ipotecato, perchè lo scopo suo ultimo sta nel diritto che appartiene al creditore di far vendere l'immobile per ottenere collocazione sul suo prezzo con preferenza su gli altri creditori non aventi ipoteca, o aventi ipoteca iscritta posteriormente alla sua; e fu pure osservato che la legge dichiara la ipoteca

---

(1) Si ha in questo senso una importante decisione del Tribunale di Ferrara (29 luglio 1896, *Mon. giur. Bol.*, 1896, 303) che disse dovere l'astensione essere stata commessa volontariamente e deliberatamente col preciso intento di favorire un creditore danneggiandone un altro. Se la insinuazione del credito in graduatoria fu omessa in perfetta buona fede (escluso o neppure eccepito alcun *consilium fraudis*) non può parlarsi di responsabilità.

inerente ai beni, e idonea a seguirli presso qualunque possessore, appunto perchè quello scopo ultimo possa essere pienamente raggiunto. Questa speciale virtù dell' ipoteca, fu detto allora, non può dirsi attributiva di un particolare effetto che stia di per sè, indipendente dal diritto di prelazione che è il vero suo fine, il suo scopo essenziale. Il diritto di prelazione che si esercita, fu anche soggiunto, con la ordinaria azione ipotecaria quando l' immobile ipotecato è tuttavia in proprietà del debitore, o di chi ha costituito l' ipoteca per sicurezza del debito altrui, si esercita col diritto di seguito quando l' immobile è divenuto proprietà di un terzo, che non sia succeduto in pari tempo nella obbligazione personale del primo; ma l' esercizio di questo diritto non costituisce qualche cosa di diverso dell' esercizio del diritto di preferenza (1); costituisce bensì un modo speciale di esercitare il diritto stesso di fronte al terzo possessore; non essendo egli tenuto personalmente, ma essendo tenuto ipotecariamente soltanto al soddisfacimento del debito, si libera da ogni sua obbligazione col rilascio dell' immobile; ma ove non usi di questa facoltà e non adempia le formalità stabilite dalla legge per liberare l' immobile stesso dalle ipoteche che lo gravano, l' azione del creditore può sempre ed egualmente essere esercitata contro di lui, all' oggetto di ottenere pagamento con prelazione sul prezzo dell' immobile ipotecato.

Questi concetti, sinteticamente espressi nel capoverso ultimo dell' art. 1964 cod. civ., trovano nelle sezioni sesta e decima del capo delle ipoteche il necessario svolgimento. In quel capoverso il legislatore, enunciando il principio generale, si limita a dire

---

(1) Concorda sostanzialmente nei concetti da noi manifestati in proposito nel primo volume di questo trattato, il MIRABELLI (*Delle ipoteche*, pag. 135), che dice essere il *diritto di seguito* il mezzo necessario per giungere a convertire gl' immobili in danaro per esercitarvi il *diritto di prelazione*.

che la ipoteca « *è inerente ai beni e li segue presso qualunque possessore* »: in queste sezioni dichiara in qual modo si estrinseca questo suo speciale effetto, quali diritti spettano al creditore ipotecario di fronte al terzo non obbligato personalmente al soddisfacimento del debito, quali rimedi spettano al terzo che vuol sottrarsi all'esercizio di questi diritti e liberarsi dalle molestie che dal loro esercizio possono essergli cagionate.

La ipoteca, fu tante volte osservato ma è utile ripeterlo, non toglie al proprietario dell'immobile ipotecato la facoltà di disporne, ma in pari tempo l'alienazione che egli ne faccia non priva il creditore del suo diritto di preferenza sul prezzo dell'immobile stesso. In vero la ipoteca male corrisponderebbe al suo fine, che è l'assicurazione del credito, se fosse in balìa del proprietario dell'immobile ipotecato di privare, alienandolo, il creditore della sua garanzia; ma costituirebbe d'altronde un dannoso inciampo alla libertà delle contrattazioni, e alla disponibilità dei beni, se si risolvesse in un sequestro dei beni stessi nelle mani di chi la consentì, o fu costretto a subirne, in virtù di legge o di sentenza, la costituzione. Col principio che la ipoteca è inerente ai beni e li segue presso qualunque possessore il legislatore concilia opportunamente gli interessi opposti del datore d'ipoteca e del creditore. Del datore d'ipoteca, che non perde per essa la facoltà di alienare l'immobile ipotecato: del creditore, che non perde per questa alienazione il suo diritto di preferenza sul prezzo dello stesso immobile. Se colui che succede nella proprietà dell'immobile, succede ancora nell'obbligazione garantita con l'ipoteca, i diritti del creditore restano invariati; ma se non succede nella obbligazione personale, ed è tenuto soltanto in virtù della ipoteca che continua a colpire i beni da lui acquistati, si hanno gli speciali effetti che dovranno adesso essere da noi presi in attento e minuzioso esame, determinando nettamente quali sono i diritti, quali gli obblighi del terzo possessore dell'immo-

bile ipotecato di fronte ai creditori iscritti sul medesimo anteriormente alla trascrizione del suo atto di acquisto (1).

612. Per acquistare di questi diritti e di questi obblighi una nozione esatta, occorre partire da questa premessa, che da un lato il creditore non ha diritto di costringere il terzo possessore a pagare il credito iscritto con i suoi accessori, ma soltanto di far vendere l'immobile ipotecato per essere collocato sul prezzo del medesimo col prezzo che gli spetta, che dall'altro lato il terzo possessore non ha diritto di liberarsi da ogni molestia pagando il prezzo da lui stipulato col suo dante causa; la sua proprietà non è assoluta, ma condizionale; quel prezzo potrebbe essere inferiore al giusto e ogni creditore iscritto ha facoltà di ottenere, rincarandolo, che sia esperimentata la prova dell'asta: soltanto quando i creditori non facciano uso di questa facoltà, nei modi e nei termini dalla legge stabiliti, l'acquisto diviene irrevocabile, e i creditori non conservano altro diritto che quello di concorrere alla distribuzione del prezzo stipulato dal terzo possessore e da lui offerto; questi ha inoltre la facoltà di rilasciare l'immobile, e di liberarsi con siffatto rilascio da ogni obbligazione, salvo il suo regresso contro il venditore e la speciale surroga di cui fu fatto cenno parlando della surroga ipotecaria.

---

(1) Già il Diritto romano aveva riconosciuto quello speciale ma sostanziale effetto dell'ipoteca, che è il diritto di perseguitare l'immobile ipotecato nelle mani del terzo acquirente. Il creditore può agire contro il debitore con l'azione personale, ma essendo noto, e la pratica giornalmente dimostrando, la verità del principio « *plus cautionis in re quam in persona* », è naturale che ordinariamente non si valga di questa facoltà e preferisca di rivolgere la sua azione reale contro il terzo acquirente. L. 14 Cod. *de oblig. et action.* (IV, 10): « Est in arbitrio vestro, personali debitoris heredes actione, « an eum, qui ab his distracta sibique tradita pignora tenet, in rem Serviana, « si non longi temporis praescriptione munitus sit, an utrosque conveniatis ». Vedansi ancora le leggi 16 § 3, 17 D. *de pignor. et hyp.* (XX, 1), 12, 15 Cod. *de distract. pignor.* (VIII, 27).

In tesi generale, adunque, il terzo possessore non è obbligato al pagamento dei creditori iscritti; può esservi obbligato soltanto nel caso speciale in cui sia debitore di somma attualmente esigibile bastante al soddisfacimento di tutti i creditori iscritti, o gli venga offerta la piena liberazione dell'immobile da lui acquistato da tutte le ipoteche che lo gravano. In tesi generale il terzo possessore ad altro non è obbligato che a rilasciare l'immobile; ed ove non faccia uso della facoltà che gli spetta di liberarlo dalle ipoteche che lo gravano, offrendo ai creditori iscritti il prezzo del suo acquisto, è tenuto a subirne la esecuzione forzata.

Infatti l'art. 2013 cod. civ. dispone: « Il terzo possessore « dell'immobile ipotecato che non adempie alle formalità stabilite « nella Sezione X di questo capo per rendere libera la sua pro« prietà, è tenuto a rilasciare l'immobile senza alcuna riserva, « qualora non preferisca di pagare i crediti iscritti ed i loro ac« cessori a norma dell'art. 2010 »; e l'art. 2014 aggiunge: « Se « il terzo possessore non rilascia l'immobile, nè paga i crediti, « qualunque creditore munito d'efficace ipoteca può far vendere « l'immobile. La vendita però non avrà luogo se non sono tra« scorsi trenta giorni dopo il precetto fatto al debitore di pagare « e dopo che tale precetto fu notificato al terzo possessore coll'in« timazione di pagare o di rilasciare l'immobile » (1).

---

(1) Analogamente dispongono gli articoli 2167, 2168, 2169 cod. fr. Nel primo di questi però è impropriamente detto che il terzo possessore che non adempie le formalità stabilite per liberare la sua proprietà « demeure, « par l'effet seul des inscriptions, obligé, comme détenteur, à toutes les « dettes hypothecaires »; ciò in realtà non è vero, mentre il successivo « articolo gli dava facoltà di rilasciare l'immobile, ed è questa, in sostanza, anco nel sistema del codice francese, la sua principale obbligazione, alla quale tiene dietro l'altra di subire la esecuzione, ove non ottemperi alla medesima. Giustamente il Troplong (*op. cit.*, 781) osserva che l'art. 2167 cod. francese ripete un errore, già rimproverato dai precedenti scrittori all'art. 151 della *Coutume de Paris*, dal quale è tolto: « Il est faux, en

Il terzo possessore adunque, essendo tenuto in ragione del possesso dei beni ipotecati, non in ragione di una qualsiasi obbligazione personale, al soddisfacimento del debito, può anzitutto adempire le formalità stabilite sulla Sezione X, consistenti nell'iniziare e condurre a termine il giudizio di purgazione: ove non faccia ciò, e non preferisca pagare i debiti iscritti coi loro accessori, può allontanare da sè l'esercizio dell'azione ipotecaria del creditore rilasciando i beni ipotecati, a meno che non sia

---

« effet, que le tiers détenteur soit obligé au payement de la dette. Comment peut-on être obligé, en effet, sans contrat ni quasi-contrat, et lorsque « on n'est pas l'heritier du débiteur? Le tiers détenteur, comme *bien-tenant*, « n'est tenu que d'une seule chose, de *délaisser*; c'est la tout ce qu'on peut « exiger de lui, car le créancier qui le poursuit ne fait qu'user contre lui d'un « droit purement réel. Or dans l'action réelle, la poursuite est dirigé contre « la chose et non contre la personne ». Come il cod. francese disponevano le leggi civ. napolet. art. 2061, 2062, 2063; nel codice parmense (art. 2286) la obbligazione di pagare o di rilasciare era posta, non meno erroneamente, come alternativa; analogamente disponeva il cod. estense (art. 2236). Sostanzialmente diverse erano le disposizioni del Regolam. pontificio, che in caso di alienazione attribuiva ai creditori l'esercizio delle azioni ipotecarie con le regole del diritto comune (art. 193), salvo il *beneficium excussionis* (art. 195). Più perfette, in questo come nel resto, e più conformi a principii, erano le disposizioni della legge toscana. Art. 120: « I creditori..... « non riscontrano pregiudizio alcuno dalle alienazioni che dei beni ai medesimi obbligati possono farsi dai debitori. Per il pagamento rimangono « nel diritto di rivolgersi direttamente contro i beni stessi, qualunque passaggio abbiano fatto e presso chiunque si trovino..... » Art. 121: « L'alienatario o il terzo possessore che non vuol soggiacere a queste conseguenze, « o soddisfare immediatamente i creditori che hanno obbligati i beni, ha due « mezzi, quello del rilascio e abbandono dell'immobile acquistato e l'altro « della purgazione delle ipoteche. Non adottando alcuno di detti mezzi, il « creditore iscritto può provocare la vendita dello stabile ». La situazione giuridica del terzo possessore di fronte ai creditori iscritti era in questi articoli felicemente delineata. È molte volte a deplorare che nella compilazione delle nostre leggi non siansi tenute sott'occhio le disposizioni delle leggi toscane, dove la precisione dei concetti andava congiunta alla chiarezza della espressione.

nelle speciali condizioni contemplate nell'art. 2023 cod. civ., nelle quali può dai creditori iscritti, che gli offrono la completa liberazione dell'immobile da lui acquistato, essere costretto a pagare il prezzo da lui dovuto; ove non liberi il fondo, o non lo rilasci, è costretto a subire l'esercizio dell'azione esecutiva, che non è un'azione speciale rivolta contro di lui, ma un'estensione a lui dell'azione esecutiva iniziata contro il debitore.

Si hanno pertanto quattro diverse situazioni giuridiche che vogliono essere esaminate separatamente:

1.° Purgazione volontaria;

2.° Purgazione coattiva;

3.° Rilascio del fondo;

4.° Estensione dell'azione esecutiva promossa contro il debitore.

Ne tratteremo in sezioni separate: ma dovremo in una apposita sezione determinare preliminarmente chi è terzo possessore nel concetto della legge; mentre in una sezione sesta dovremo parlare degli effetti comuni al rilascio e alla vendita all'incanto, parlando poi in due successive sezioni, settima e ottava, del regresso spettante al terzo possessore contro il suo autore, non che della surroga speciale di cui fu fatto cenno nel capitolo precedente.

613. Per completare le nozioni generali che abbiamo dovuto premettere sull'importante argomento, dobbiamo dire, che se la redazione dell'art. 2013 cod. civ. non è felice, la sostanza della sua disposizione è però grandemente migliorata di fronte ad alcuni dei codici anteriormente vigenti in Italia. La innovazione fu avvertita dall'illustre Pisanelli nel seguente paragrafo della sua relazione sul progetto da lui compilato, che non ebbe in questa parte a subire ulteriori modificazioni. « Chi acquista un immobile « soggetto ad ipoteche, disse l'illustre relatore, ove non proceda « al giudizio di purgazione, deve rilasciarlo sulla istanza dei « creditori. Gli è però data facoltà di ritenere l'immobile pa-

« gando i crediti iscritti ed i loro accessori: a tal riguardo è sta-
« bilito da taluno dei vigenti codici che il terzo possessore deve
« soddisfare i debiti iscritti nei modi e termini dell' obbligazione
« che spetta al debitore. Questa regola così assoluta non fu ac-
« colta dal progetto. Riguardo ai terzi l' ipoteca non può avere
« efficacia se non nei limiti stabiliti in rapporto alla iscrizione;
« quindi se il credito reale è maggiore di quello iscritto, se il
« montare delle spese e degli interessi supera quella risultante
« espressamente o legalmente dalla iscrizione, il terzo possessore
« non può essere tenuto a pagare che sino a concorrenza delle
« somme dovute per effetto delle ipoteche iscritte. Il progetto
« ha sanzionato questo principio, che risponde meglio al sistema
« ipotecario ».

SEZIONE I

SIGNIFICATO DELLA PAROLA TERZO POSSESSORE.

SOMMARIO

614. Terzo possessore è l' acquirente a titolo di dominio dell' immobile ipotecato. Non il datore d' ipoteca pel debito altrui — 615. Non occorre che il titolo sia trascritto, ma occorre che le ipoteche siano iscritte anteriormente alla trascrizione — 616. Anche l' acquirente della parte di un immobile e di un diritto reale capace d' ipoteca è terzo possessore—617. *Quid juris* dell' acquirente dell' usufrutto costituito dopo che era stata ipotecata la piena proprietà — 618. Occorre sempre che chi acquista l' immobile non sia personalmente obbligato al pagamento dei debiti iscritti—619. Caso speciale dell' accollo del debito — 620. La buona fede non occorre; nè l' aver pagato il prezzo cambia, di fronte ai terzi, le obbligazioni del terzo possessore.

614. Terzo possessore, in un lato senso, può dirsi anche colui che ha costituito volontariamente una ipoteca sul proprio fondo per sicurezza del debito altrui, perchè egli pure è tenuto ipotecariamente ma non personalmente al soddisfacimento del de-

bito: fu anzi detto da taluno che il creditore ipotecario si trova di fronte al terzo datore d'ipoteca nella situazione stessa in cui si trova di fronte al terzo acquirente dell'immobile ipotecato, e che l'unica differenza fra l'uno e l'altro si riduce alla diversità di tempo nel quale il diritto di ipoteca del debitore e il diritto di proprietà del terzo si stabiliscono l'uno di fronte all'altro, in quanto il terzo acquirente diventa proprietario dell'immobile dopo che già vi si è stabilita la ipoteca del creditore, mentre il terzo datore d'ipoteca ne era già proprietario quando l'ipoteca vi si stabiliva; fu detto ancora che questa diversità di tempo negli effetti giuridici sparisce per la identica volontà del terzo, in quanto l'una riconosce uno stato di cose che l'altro crea di sua iniziativa (1).

Ma è evidente che chi dà l'ipoteca sul proprio fondo per garanzia dell'altrui debito non è terzo possessore nel senso ed agli effetti speciali che stiamo per prendere in esame, ed il cercare di ravvicinare e di assimilare la sua situazione a quella del terzo possessore di cui è parola negli art. 2013 e seg. del codice civile, è un generare una confusione inutile in una materia che richiede la massima chiarezza di esposizione e di ragionamento.

Il terzo datore d'ipoteca è alla pari del terzo possessore tenuto ipotecariamente e non personalmente; ma la somiglianza fra le due situazioni giuridiche finisce qui. Il terzo datore d'ipoteca, appunto perchè non obbligato personalmente, non può essere tenuto al soddisfacimento del debito se non a concorrenza del valore dell'immobile da lui ipotecato per sicurezza del debito altrui; ma a lui non compete la facoltà della purgazione, a lui non compete la facoltà del rilascio; può liberarsi pagando il debito, ma poichè non è estraneo, come il terzo possessore, al rapporto originario della sua creazione, e della costituzione della

---

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXX, n. 4.

relativa ipoteca, non può pretendere di pagarlo con i soli accessori dovuti a norma dell'art. 2010, ma è tenuto al pagamento nei limiti della obbligazione reale da lui direttamente assunta verso il creditore (1).

615. Terzo possessore nel senso e agli speciali effetti che stiamo per prendere in esame è colui che possiede a titolo di dominio l'immobile ipotecato ed ha cominciato a possederlo dopo che l'ipoteca fu sul medesimo validamente iscritta e legalmente conservata; è, in altri termini, l'acquirente a titolo particolare di questo immobile, tanto per atto tra i vivi, quanto per atto di ultima volontà, tanto a titolo oneroso, quanto a titolo gratuito; il compratore come il donatario, il permutante come il cessionario per costituzione di rendita, il creditore che abbia ricevuto l'immobile in virtù di una *datio in solutum* e il legatario, come colui che abbia acquistato la proprietà per via di possesso legittimo trentennale, sempre che, in quest'ultimo caso, la ipoteca non sia per il decorso del tempo venuta ad estinguersi (2). In tutti

---

(1) Lo stesso Melucci, del resto, dopo aver cercato d'identificare la posizione del terzo datore d'ipoteca con quella del terzo acquirente dell'immobile ipotecato, riconosce che quest'ultimo è il solo « su cui la legge concentra direttamente la propria azione qualificandolo *terzo possessore* », e fissando a suo riguardo i precetti degli art. 2013 e seg. Ciò non si spiega, come il citato scrittore avverte, per essere molto più comune ed ordinario il caso dell'acquirente di un immobile ipotecato, anzichè quello del terzo che ipotechi la sua proprietà per la garentia delle obbligazioni altrui; si spiega, a parer nostro, in ben diverso modo, osservando che le norme della purgazione e del rilascio, e le altre della Sezione VI, non sono in alcun modo applicabili al terzo datore d'ipoteca. In prova basta citare il capov. dell'art. 2014 cod. civ. pel quale la vendita non può aver luogo contro il terzo possessore se il precetto di pagare fatto al debitore non è notificato a lui con intimazione di pagare o rilasciare l'immobile. Di fronte al terzo datore d'ipoteca il creditore non è tenuto ad agire in questo modo: agisce con l'azione ipotecaria diretta, notificando addirittura al terzo il precetto esecutivo immobiliare.

(2) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXX n. 5.

questi casi vi è un acquisto della proprietà dell' immobile ipotecato, acquisto che non può arrecare pregiudizio al diritto reale d'ipoteca legittimamente iscritto; non impedito dalla esistenza della ipoteca, la quale non è, e non deve essere, come già fu osservato, di ostacolo alla libera trasmissione e alla commerciabilità dei beni, ma permesso a condizione che per esso non sia privato il creditore della sua garanzia.

Non basta adunque un possesso qualunque; occorre un possesso a titolo di dominio: tanto che fu rettamente deciso essere terzo possessore, nel senso della legge, soltanto colui che possiede un immobile in forza di un titolo legittimo, e non potersi per conseguenza considerare come tale l' acquirente di un immobile dopo che la compra-vendita da lui stipulata è stata posta nel nulla come simulata, o come posta in essere in frode dei creditori (1).

Dato il titolo idoneo a trasferire il dominio, è poi indifferente che questo sia stato trascritto oppur no (2); la trascrizione del titolo d'acquisto non salva infatti l'acquirente dalle azioni di chi è creditore ipotecario in forza di una ipoteca anteriormente iscritta, ed è d'altronde ovvio osservare che terzo possessore può essere anco il legatario di un immobile, il cui titolo è esente da trascrizione (3).

La trascrizione non vale pertanto a migliorare la situazione del terzo acquirente; solo varrebbe a questo scopo, quando pre-

---

(1) Casale, 30 settembre 1873, *Giur. tor.*, XI, 124.

(2) Cass. Torino, 31 decembre 1886, *Giur. tor.*, XXIV, 111; Cass. Firenze, 21 febbraio 1884, *Foro it.*, IX, I, 279; Cass. Palermo, 8 novembre 1888, *Foro it.*, XIV, I, 406; Cass. Napoli, 1 maggio 1891, *Foro it.*, XVI, I, 1026.

(3) Quanto al potersi considerare come terzo possessore un legatario, ci pare non possa dubitarsene, se, come d' ordinario avviene, egli è tenuto solo ipotecariamente al pagamento del debito che grava sull' immobile legato e che personalmente fa carico all' erede (art. 878 capov. cod. civ.). Si consulti in questo senso: PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, II, 50.

cedesse la iscrizione dell' ipoteca che fosse stata costituita anteriormente. In questo senso fu deciso che se taluno ha venduto un fondo, e poi ha costituito una ipoteca sul medesimo, a favore di un suo creditore, o questi ha acquistato per sentenza il diritto d'iscriverla, l'ipoteca riesce efficace e valida se venga iscritta prima che l' acquirente abbia trascritto il suo titolo, comunque questo sia anteriore di data alla presa iscrizione (1). L'avere voltato in catasto i beni al proprio nome, non sarebbe pel terzo acquirente efficace difesa (2), mentre è soltanto con la trascrizione, che rende il suo acquisto operativo di effetti di fronte ai terzi, che l'acquirente si pone al coperto contro le ipoteche che possono essere iscritte contro il suo autore.

D'altra parte è soltanto la iscrizione ipotecaria esistente sui registri al momento della trascrizione del suo titolo, che attribuisce all'acquirente la qualità di terzo possessore. La conoscenza che egli avesse dell'essersi dal venditore costituita anteriormente alla trascrizione del suo titolo una ipoteca a favore di un creditore, che non si fosse curato d'iscriverla, non dà diritto al creditore di compellere l'acquirente, quale terzo possessore, con l'azione ipotecaria (3).

E non basta che l'iscrizione esista sui registri anteriormente alla trascrizione del titolo d'acquisto; occorre altresì che sia stata conservata nei modi di legge: se fosse perenta (4), o non rinnovata (5), o prescritta (6), non darebbe azione contro il terzo

(1) Parma, 6 giugno 1867, *Annali di giur. it.*, II, II, 114.

(2) Napoli, 2 luglio 1878, *Giur. it.*, XXX, 783.

(3) Trani, 27 agosto 1894, *Riv. giur. Trani*, 1894, 495. In questa stessa decisione fu anche stabilito che l' acquirente non può essere tenuto di frode per avere opposto al creditore la mancanza d' iscrizione e la inefficacia della sua ipoteca.

(4) Cass. Firenze, 4 giugno 1888, *Annali di giur. it.*, XXII, I, I, 282.

(5) Cass. Torino, 13 luglio 1882, *Cass. Tor.*, I, II, 221.

(6) Palermo, 26 agosto 1894, *Foro sicil.*, 1894, 267.

possessore, riguardo al quale la mancata rinnovazione della iscrizione entro il termine di legge non cagiona soltanto la perdita del grado, come nei rapporti del debitore diretto, ma toglie alla ipoteca ogni efficacia (1).

616. Non solo è terzo possessore l'acquirente di un immobile in virtù di qual si voglia titolo abile a trasferirne il dominio, ma anco l'acquirente della porzione materiale o ideale di un immobile che sia colpita separatamente da una o più iscrizioni ipotecarie; anco in questo caso si fa luogo all'azione del creditore e ai rimedii che dalla legge sono accordati al terzo possessore per iscongiurarne gli effetti. Ciò varrebbe non soltanto nel caso in cui fosse separatamente alienata una porzione materiale o intellettuale di un immobile, già ipotecata a favore di uno o più creditori, ma ancora nel caso in cui fosse trasferito l'esercizio di un diritto d'usufrutto gravato d'ipoteche validamente iscritte prima del trasferimento, e più generalmente in ogni caso di alienazione di diritti reali immobiliari capaci d'ipoteca, e realmente affetti di questo vincolo, quali sarebbero i diritti del concedente o dell'enfiteuta sul fondo enfiteutico.

Al contrario non sarebbe terzo possessore l'acquirente di un semplice diritto personale di godimento sopra l'immobile ipotecato, come il conduttore o il creditore anticretico; nè l'acquirente di un diritto reale immobiliare non suscettivo d'ipoteca, come un diritto d'uso, di abitazione, di servitù. Non essendo cotesti diritti capaci d'ipoteca, l'esercizio dell'azione ipotecaria di fronte al loro acquirente, e l'uso per parte di quest'ultimo

(1) In questo senso la Cass. di Firenze nella decisione citata qui sopra ebbe a dire che quando il terzo possessore estraneo al titolo ipotecario, ha trascritto il proprio, non può, ove la rinnovazione venga ritardata, farsi questione di sola perdita del rango, ma il ritardo della rinnovazione estingue irrevocabilmente il diritto, e quindi la stessa ipoteca, e il creditore viene a trovarsi nella condizione di quegli il cui titolo non fu mai iscritto.

dei rimedii concessi dalla legge per evitarla, non sono neppure escogitabili, e tutti quanti gli scrittori si trovano pienamente d'accordo nell'escluderne la possibilità (1).

617. Che dire del caso in cui il proprietario, dopo avere ipotecato a favore di uno o più creditori l'intiero fondo, ne alieni una parte? O avendone ipotecato la piena proprietà, alieni l'usufrutto, o altro diritto suscettivo d'ipoteca, come se concedesse il fondo a titolo di enfiteusi? L'acquirente della porzione alienata separatamente dal tutto, o del diritto distaccato dalla piena proprietà, potrà dirsi per gli effetti dell'art. 2013 e seg. cod. civ. terzo possessore? In altri termini, mentre non vi ha dubbio che egli può essere perseguitato con l'azione ipotecaria che l'alienazione parziale e il frazionamento del dominio non hanno certamente avuto virtù di paralizzare, sarà egli ammesso a purgare il suo acquisto, a rilasciarlo, e a usare insomma delle facoltà accordate al terzo possessore nelle disposizioni di legge che stiamo per prendere in esame?

La questione non è nuova per noi, che l'abbiamo trattata da un altro punto di vista parlando della facoltà di alienare l'immobile ipotecato (sopra 525 e seg.).

Dicemmo allora che il proprietario dell'immobile ipotecato non perde per effetto della ipoteca, non susseguita dalla trascrizione del precetto immobiliare, la facoltà di disporne; non essendogli interdetto di alienare il tutto, non può essergli interdetto di alienare la parte, come non può essergli vietato di costituire sopra il suo fondo un diritto di usufrutto, di enfiteusi, di uso, di abitazione, di servitù. Se la parte alienata, o il diritto costituito, sono capaci d'ipoteca, e per conseguenza di separata espropriazione, non ripugna al rigore dei principii che chi se ne è reso acquirente sia considerato qual terzo possessore, e possa

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 59; Melucci, Lez. XXX, n. 6.

per ciò offrire un prezzo per liberare la porzione o il diritto acquistato dalle ipoteche che lo gravano, liberarsi col rilascio, e usare delle facoltà o dei diritti competenti al terzo possessore, soggiacendo in pari tempo alle obbligazioni correlative.

Coloro soltanto che negano che di fronte a un' ipoteca iscritta sopra un intero fondo e sulla piena proprietà di esso, possa validamente essere alienata una parte o essere costituito validamente un diritto capace d' ipoteca, sono necessariamente condotti a negare la qualità di terzo possessore all' acquirente della parte di un immobile ipotecato, o di un diritto di enfiteusi o di usufrutto sopra l'immobile stesso (1); ma le ragioni da noi superiormente svolte per combattere la premessa, ci dispensano dall' indugiarci lungamente sulla conseguenza che se ne vorrebbe trarre, la quale non è, del resto, generalmente accolta (2).

Si è detto a sostegno di quella opinione che quando il debitore, dopo avere ipotecato un podere di cui ha la piena proprietà, ne aliena soltanto l' usufrutto, l' acquirente non possiede quello stesso immobile che prima possedeva il debitore, possiede una cosa giuridicamente diversa, e non si può dire che siasi sostituito al debitore nel rapporto giuridico che intercede fra la persona e la cosa oggetto dell' ipoteca: ma l' argomento non è senza risposta, perchè chi ha acquistato l' usufrutto del podere, se non possiede la cosa stessa che fu ipotecata, ne possiede una parte che sta di per sè, una parte che ha un proprio contenuto, un proprio valore, distinto dal valore del tutto, capace d' ipoteca, e per conseguenza di espropriazione. Non ripugna quindi al

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXX, n. 6.

(2) Per ciò che riguarda il diritto francese ci limitiamo a citare l' ottimo fra i commentatori del diritto ipotecario, il Pont, il quale è pienamente del nostro avviso per ciò che riguarda l'usufrutto, ed estende la soluzione anche all'alienazione del diritto di superficie (XI, 1116). Il Borsari (*Commento*, § 962) ed il Pochintesta (*op. cit.*, 467) sono della opinione contraria.

rigore dei principii che il creditore ipotecario sia costretto a tener conto della alienazione avvenuta, e a rivolgere la sua azione ipotecaria contro l'acquirente, al quale bene si addice, appunto per questo, la qualifica di terzo possessore.

La corte di cassazione di Napoli nella sentenza 1° maggio 1891 (1) in questo senso così ebbe ad esprimersi: « La piena « proprietà può essere divisa fra più persone delle quali una abbia « la nuda proprietà e l'altra l'usufrutto. Entrambe queste frazioni « della proprietà sono separatamente in commercio, possono separatamente alienarsi, ipotecarsi separatamente. E chi vuole subastare la piena proprietà, quando è divisa tra più persone, deve « procedere contro tutte secondo il rito proprio a ciascuna. L'acquirente della nuda proprietà è un terzo possessore della medesima, come tale è il nudo usufruttuario: possessore è un « nome tradizionale che esprime l'avente causa a titolo singolare « del debitore e tale è il compratore, il donatario, il legatario « della nuda proprietà che da essi è posseduta per mezzo dell'usufruttuario ».

Verificandosi questi casi speciali di parziale alienazione o di frazionamento del dominio, il creditore avrà la molestia e il danno di dovere estendere a più persone la stessa azione esecutiva; ma concessa al debitore la facoltà di alienarlo, la previsione di quel danno non può avere il gravissimo effetto di rendere inefficace l'alienazione, salvo nel creditore il diritto d'impugnarla come compiuta in frode dei suoi diritti, quando della frode ricorrano gli estremi, e di agire contro il debitore con gli speciali rimedii contro di lui concessi, quando per fatto proprio diminuisce la data garanzia (2).

---

(1) È la sentenza citata di sopra pag. 511 nota 2 riguardo alla nessuna necessità della trascrizione del titolo di acquisto perchè l'acquirente possa dirsi terzo possessore (*Foro it.*, 1891, I, 1026).

(2) Esprime, benchè fugacemente, la opinione propugnata nel testo, con-

618. Tutto quello che sin qui siamo venuti esponendo per determinare chi sia terzo possessore nel senso attribuito in materia ipotecaria a questa espressione, non serve ancora a delineare esattamente il concetto in essa racchiuso. Perchè uno possa dirsi terzo possessore dell'immobile ipotecato e godere delle facoltà di purgazione e di rilascio, e generalmente dei diritti dei quali dovremo occuparci in questo capitolo, e sottostare ai corrispondenti doveri, occorre che non sia personalmente obbligato al pagamento del debito garantito con la ipoteca iscritta sopra i beni che sono divenuti sua proprietà.

L'erede, in tesi generale, non è un terzo possessore, succedendo nelle obbligazioni del defunto, è al tempo stesso possessore dei beni ipotecati e debitore personale (1); ma può esserlo, o divenirlo, quando, concorrendo con altri eredi, possieda l'immobile ipotecato, mentre per disposizione del defunto o per atto di divisione, il debito personalmente non faccia carico a lui (2). Così pure è terzo possessore l'erede che possiede l'immobile ipotecato dal *de cujus* per sicurezza dell'intero credito per la parte eccedente la sua quota contributiva: pagata questa, può rilasciare l'immobile per sottrarsi ad ogni azione ulteriore del creditore, ove non preferisca soddisfare l'intero debito per poi rivalersene contro i suoi coeredi per la porzione (3). Il legatario, invece, che è generalmente terzo possessore, può non esserlo, perchè gravato per espressa disposizione del testatore del pagamento del debito (4).

---

traria a quella di Melucci, il Pacifici-Mazzoni, *op.* e *loc. cit.* Più diffuso è il Bicci (*Dir. civ.*, X, 248) il quale espone gli argomenti invocati nel testo a sostegno della opinione accettata.

(1) Roma, 12 novembre 1876, *Annali di giur. it.*, XI, III, 6; Cass. Palermo, 10 settembre 1879, *Cir. giur.*, XI, 92.

(2) Pacifici-Mazzoni, *op.* e *loc. cit.*

(3) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXX, n. 8.

(4) Infatti l'art. 878 capov. cod civ. dispone che se la cosa legata è vincolata per una rendita semplice, un censo, od altro debito della eredità, od

L' acquirente a titolo particolare è generalmente terzo possessore; ma cessa di esserlo se nell' atto del suo acquisto abbia assunto per via di novazione soggettiva il pagamento del debito garantito con ipoteca sul fondo che è stato oggetto del suo acquisto (1); ciò può avvenire nella ipotesi contemplata dall' art. 1267 n. 2, 1271 cod. civ. quando un nuovo debitore (il compratore, donatario o altro acquirente) venga a sostituirsi all'antico (venditore, donante o altro alienante) il quale rimanga liberato dal creditore; ma può avvenire ancora indipendentemente da questa liberazione, con la semplice indicazione che l' alienante facesse del compratore come persona che per lui fosse tenuta a pagare, lasciando un' adeguata porzione di prezzo nelle sue mani a tale oggetto (art. 1273 cod. civ.). Sebbene questa semplice indicazione non produca novazione, il creditore, il quale ha conservato la sua azione personale contro il debitore originario, potrebbe valersene per astringere l' acquirente all' adempimento della obbligazione assunta, la quale costituirebbe una di quelle stipulazioni a favore del terzo, dichiarate irrevocabili e produttive di effetti giuridici, quando il terzo ne voglia profittare, perchè costituenti condizione di una stipulazione che lo stipulante fa per sè stesso (art. 1128 capov. cod. civ.).

Quanto al fideiussore e al debitore solidale che si rendano acquirenti dell' immobile ipotecato per garanzia del debito dal debitore principale o dal condebitore, è evidente che la qualità di terzi possessori non può da essi utilmente essere invocata, perchè il fatto posteriore dell' acquisto non ha influenza sulla obbligazione personale preesistente, dalla quale sono vincolati verso il creditore (2).

---

anche di un terzo, l'erede è tenuto al pagamento del debito *« quando il testatore non abbia disposto diversamente »*.

(1) Cass. Napoli, 18 novembre 1893, *Dir. e Giurispr.*, IX, 378.

(2) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXX, n. 8.

Tutto ciò è chiarito dagli art. 2016 e 2040 cod. civ. nei quali, parlandosi del rilascio e della purgazione, queste facoltà vengono accordate al terzo possessore il quale non sia personalmente obbligato per il debito secondo i concetti superiormente esposti.

619. Il caso contemplato di sopra dell' acquirente che ritiene una parte del prezzo per estinguere il debito iscritto, senza che si abbia novazione per mancato intervento del creditore e per conseguente mancanza di quella ai sensi degli art. 1267 n. 2, 1271 cod. civ., ha dato luogo a una recente sentenza della corte di cassazione di Roma (1), che non può passare inosservata (2).

La corte di merito aveva negato all' acquirente la qualità giuridica di terzo possessore per la circostanza che, ritenendo una parte del prezzo, erasi obbligato personalmente, sia pure senza consenso del creditore, e perciò senza liberazione del debitore originario, al pagamento del debito iscritto sul fondo acquistato; e l' aveva negata osservando che l' acquirente si trovava legato da un vincolo giuridico personale nascente dal contratto di vendita, e non soltanto dal vincolo reale derivante dal possesso dell' immobile ipotecato.

Rigettando il ricorso, la corte suprema osservò che per godere dei beneficii largiti dalla legge al terzo possessore (nel caso del beneficio speciale di cui all' art. 2020 capov. cod. civ.) è mestieri trovarsi sorretto da duplice condizione. Essere, cioè, possessore del fondo *animo domini*, ed essere libero da qualsiasi vincolo personale volontariamente e direttamente contratto pel pagamento del debito ipotecario. « Altra, disse la corte, è la conseguenza na-

---

(1) Sentenza del 17 agosto 1896, *Giur. it.*, XLVIII, I, 1, 1008.

(2) Specialmente per la nota apposta alla decisione dalla solerte direzione di quel periodico, nella quale nota si censura, a parer nostro ingiustamente, la decisione stessa.

« scente dalla esistenza *ab origine*, di una affezione ipotecaria, la
« quale inficia *ab origine* il fondo e passa con questo al momento
« dell' acquisto: altro, e ben diverso, è l' effetto dell' obbligo di
« pagare, che l' acquirente, *sua sponte*, contrae di fronte al cre-
« ditore ipotecario. Nel primo caso cotesto compratore è assolu-
« tamente estraneo alla creazione del vincolo, che lega il pre-
« cedente proprietario del fondo al creditore del prezzo ed alla
« creazione della afficienza ipotecaria, rappresentativa di questo
« vincolo. Nel secondo è invece il compratore che crea da sè
« questo vincolo, e lo crea contro sè stesso, e per sua volontà
« addossa a sè stesso la qualifica di obbligato personale del
« creditore del prezzo. E la ragione della differenza di queste
« due figure giuridiche è troppo semplice, per non potersi assai
« facilmente intendere. Colui che personalmente assume, di fronte
« al creditore ipotecario del prezzo, l' obbligo diretto di pagare
« questo prezzo in tutto o in parte, non può, a rigor di diritto,
« non rappresentare una personalità giuridica autonoma, di per
« sè stante. Egli è, nè più nè meno, che un sostituito al de-
« bitore antico di fronte al creditore ipotecario che deve riscuo
« tere il prezzo. Come tale, non è estraneo al *vinculum juris*
« preesistente fra questi due: egli si trova anzi direttamente le-
« gato da questo vincolo, perchè ne ha accettato le conseguenze,
« a tanto, che se non è in grado di adempiere al pagamento che
« si è accollato, il fondo si vende in suo detrimento, ed egli non
« ha beneficio di escussione, perchè volontariamente si è messo
« in posto e vece dell' originario debitore. Colui che, per contrario,
« diventa acquistatore del fondo, ne paga il prezzo, lo possiede
« da padrone e in buona fede, senza che abbia stretto alcuna
« relazione con i creditori ipotecari, e un tal giorno si vede da
« costoro, e per fatto non suo, ma del precedente proprietario,
« costretto rilasciare il fondo o a pagare il debito, è precisa-
« mente il terzo possessore raffigurato dagli art. 2013 e seg., e

« solo per lui è dettato il beneficio dell'art. 2020. È solo a questo « possessore che può competere l'*aut cedat aut solvat.* E tanto ciò « è vero, in quanto i più reputati commentatori del codice fran- « cese sono giunti fino ad ammettere che per cotesto terzo pos- « sessore non è nemmeno il caso di ricercare propriamente se « sia o meno di buona fede. Egli è qualche cosa di più del sem- « plice possessore: è un proprietario il quale nello sborso del « prezzo al suo venditore ha ritenuto che costui avrebbe pagato « i debiti estinguendo le relative ipoteche dalle quali era gravato « il fondo. È quello precisamente a cui, nei casi dell'art. 2022, « compete la ragione d'indennità verso il suo autore ed un'a- « zione di subingresso cotanto relativamente estesa consentita « dalla legge. Il compratore che si accolla il debito e diventa « obbligato personale al pagamento di questo debito, è un posses- « sore che sa di dover subire, se non paga, la sorte di debitore « ipotecario inadempiente, la espropriazione del fondo comprato, « sul quale si trova di aver garentito la sua obbligazione diret- « tamente contratta ».

Si è detto in nota a questa decisione che in essa non si è dimostrata la esistenza, nel nostro diritto positivo, di una sostanziale differenza fra terzo possessore che si è accollato i debiti ipotecari e terzo possessore che non se li è accollati. « Se fosse « vero, si è aggiunto, che il compratore il quale si accolla il « pagamento dei debiti ipotecari, per questo solo patto concordato « fra lui e il venditore assumesse una obbligazione personale e « diretta verso i creditori, egli dovrebbe rispondere oltre il li- « mite del prezzo di acquisto, e quindi a lui non competerebbe « la facoltà del rilascio dell'immobile ». Ora sembra appunto a noi che queste siano le conseguenze del patto di accollo, posto che il creditore, profittandone, lo renda irrevocabile e operativo di effetti a suo riguardo, secondo il già ricordato principio dell'art. 1128 capov. cod. civ., che governa la stipulazione a fa-

vore del terzo. Il creditore che non è intervenuto a quel patto, e non ha liberato il debitore originario, può non profittare del patto di accollo; ma se ne profitta, come può dirsi che il terzo possessore non sia personalmente obbligato al pagamento del debito, secondo la espressione dell'art. 2016 cod. civ.? Si dice che la sentenza sembra aver dimenticato questo articolo; ma il rimprovero è ingiusto, perchè la sentenza ne ha fatto, a parer nostro, retta applicazione. Si supponga infatti che il compratore, acquistando per 1000 l'immobile ipotecato, siasi accollato un debito ipotecario di egual somma. Venduto il fondo sulle istanze del creditore, se ne ricavano 800 e il creditore rimane allo scoperto per 200: come gli si potrebbe negare, per esigere questo residuo, l'azione personale contro l'acquirente? Come potrebbe l'acquirente disconoscere il patto di accollo da lui volontariamente consentito? Egli non è obbligato soltanto ipotecariamente, in virtù della iscrizione che grava sul fondo: è obbligato personalmente e non può reclamare i beneficii concessi dalla legge al terzo possessore. Come potrebbe egli liberarsi rilasciando il fondo, come potrebbe pretendere di separare, in pregiudizio del creditore, il valore dei miglioramenti? È così lontano la sua situazione giuridica da quella del terzo possessore, che non gli spetterebbe neppure, nel caso configurato, il regresso contro il debitore originario: se infatti comprò per mille, e si obbligò di pagare mille al creditore iscritto, come può dire, venduto il fondo per 800, di avere una ragione di regresso? Egli era proprietario dell'immobile e la diminuzione di valore da esso subìto per conseguenza della vendita coatta, ad altri non può far carico che a lui, perchè non si sarebbe verificata se avesse adempiuto l'obbligazione assunta col patto di accollo.

La sola differenza, adunque, fra il caso dell'accollo semplice, e il caso della novazione derivante dall'accettazione del creditore consiste in ciò, che, dato l'accollo, il creditore conserva l'a-

zione personale contro il debitore originario: data invece la novazione, che importa liberazione di quest' ultimo, il creditore non ha azione che contro il solo acquirente; ma nell' un caso e nell'altro l'acquirente non è, e non può dirsi, terzo possessore, perchè è obbligato personalmente per il debito ai sensi degli articoli 2016, 2040 cod. civ.

620. Che non occorra la buona fede, lo abbiamo già accennato più sopra, avvertendo che la conoscenza della esistenza d'iscrizioni ipotecarie, o di ipoteche consentite ma non iscritte, non è di ostacolo per l'acquirente alla invocazione dei beneficii accordati dalla legge al terzo possessore. La espressione *terzo possessore* adoperata negli articoli 2013 e seg. cod. civ. non ha alcun rapporto col possesso di buona fede definito nell' art. 701 dello stesso codice. Terzo possessore è colui che acquistando la proprietà di un immobile ipotecato, o un diritto reale immobiliare capace d'ipoteca, e per ciò di separata esecuzione, sappia o non sappia che il vincolo esiste, ne subisce le conseguenze. Legalmente non può dire di ignorarlo, perchè i registri ipotecari sono pubblici e a tutti accessibili, e la esistenza della iscrizione su questi registri tiene luogo della conoscenza effettiva che l' acquirente possa averne.

È ancora indifferente che chi acquista un immobile ipotecato, o un diritto reale ipotecabile sopra questo immobile, paghi o non paghi il prezzo all'alienante; non pagandolo, si riserva la possibilità, per lui favorevole, di erogarlo in dimissione dei debiti iscritti; pagandolo, si espone al pericolo di pagare una seconda volta quella parte di esso che rappresenta l' ammontare di questi debiti. Con ciò la sostanza delle cose non muta nei rapporti fra l' acquirente e il creditore ipotecario: aumentano le ragioni di regresso verso il venditore, che è tenuto a restituire la parte di prezzo che l' acquirente ha dovuto nuovamente pagare, ma non cambia la situazione giuridica di quest' ultimo di fronte ai terzi:

le stesse facoltà di purgazione e di rilascio, lo stesso obbligo di subire la espropriazione, ove non si valga di queste facoltà, si verificano a suo riguardo nell' uno e nell' altro caso. Purchè si giustifichi dal creditore che i beni acquistati dal terzo possessore erano in proprietà del debitore o del datore d'ipoteca quando fu presa la iscrizione, l'acquirente può essere perseguitato con l'azione ipotecaria e costretto al rilascio del fondo o a subire la espropriazione forzata (1).

SEZIONE II

PURGAZIONE VOLONTARIA.

SOMMARIO

621. Due casi di purgazione volontaria. Essa può essere spontanea o provocata — 622. Quando è provocata, il giudizio deve essere promosso entro un termine perentorio — 623. Patti speciali riguardo al termine della purgazione spontanea — 624. Chi possa promuovere il giudizio di purgazione — 625. Prima formalità. Trascrizione del titolo. — 626. Seconda formalità. Iscrizione della ipoteca legale — 627. Terza formalità. Offerta del prezzo o del valore dichiarato. Ricorso al presidente del tribunale — 628. Notificazione ai creditori iscritti — 629. Requisiti essenziali della notificazione — 630. Osservazioni speciali intorno all' offerta — 631. Acquisti cumulativi. Disposizioni speciali della legge in proposito — 632. Non è necessaria l'offerta degli interessi — 633. L'offerta deve essere fatta senza restrizioni o condizioni — 634. Occorre la capacità di alienare — 635. Diritto dei creditori iscritti di fronte alla notificazione dell' offerta — 636. Tacita approvazione dell' acquisto se i creditori non usano di questo diritto — 637. Effetti che derivano da questa inerzia—638. Richiesta d' incanto. Disposizione della legge e divisione della materia — 639. *a*) Diritto di richiedere l' incanto. Spetta ai creditori iscritti — 640. Sua estensione ai fideiussori, cessionari, surrogati e creditori aventi diritto di pegno sul credito iscritto — 641. Occorre la capacità di obbli-

(1) Palermo, 3 febbraio 1882, *Annali di giur. it.*, XVI, III, 144.

garsi—642. Notificazione al nuovo e al precedente proprietario—643. *b*) Termine per proporre la richiesta — 644. *c*) Aumento del prezzo — 645 *d*) Offerta della cauzione — 646. Scopo della cauzione. Sua restituzione — 647. *e*) Procedimento per l'incanto — 648. Nullità. Da chi possono essere dedotte — 649. *f*) Effetti della richiesta d'incanto. Aggiudicazione a favore del terzo possessore — 650. Aggiudicazione a favore di un terzo — 651. Spese di contratto a carico del venditore. Conseguenze di questo patto — 652. L'acquirente conserva la proprietà fino all'aggiudicazione. Effetti di questo principio — 653. *g*) Desistenza del creditore istante.

621. Di fronte al principio generale stabilito nell' art. 2076 cod. civ., in virtù del quale il creditore ipotecario può far subastare l' immobile ipotecato a suo favore malgrado che sia passato in proprietà altrui, chi acquista un immobile gravato d'iscrizioni ha interesse a liberarlo dai vincoli che lo gravano prima che i creditori facciano uso di questa facoltà.

Le formalità stabilite dalla legge per ottenere questa liberazione costituiscono il così detto giudizio di purgazione, il quale può essere iniziato spontaneamente dal terzo possessore, prima ancora che gli sia inferita qualsiasi molestia per parte dei creditori iscritti; egli non ha bisogno di attendere che i creditori ipotecari mettano in movimento l' azione ipotecaria contro di lui; divenuto proprietario dell' immobile ipotecato, può prevenire l'azione dei creditori promuovendo il giudizio di purgazione.

Ma se non si è curato di rendersi parte diligente, se si è lasciato sorprendere dall' azione dei creditori, non perde per questo la facoltà di procedere a tale giudizio; egli può usare egualmente di questa facoltà, purchè lo faccia nei termini stabiliti dalla legge.

I due casi non presentano sostanziali differenze: spontanea, o provocata dall' azione dei creditori, la domanda di purgazione è sempre volontaria in questo senso, che è in facoltà del terzo possessore di promuoverla, ma non è in facoltà dei creditori d' imporgliela.

La sola differenza fra l'uno e l'altro caso sta in ciò, che se l'azione ipotecaria non è promossa, il terzo possessore è pienamente libero d'iniziare il giudizio in ogni tempo; se invece l'azione è promossa, ha un termine perentorio dentro il quale deve iniziarlo, decorso il quale decade dalla relativa facoltà; ma ciò non toglie che nell'uno e nell'altro la purgazione sia volontaria; e poichè, a prescindere dalla questione del termine entro cui deve essere promossa, è governata dalle stesse norme, e sottoposta all'adempimento delle stesse formalità, possiamo trattarne congiuntamente.

Tutto ciò si argomenta dagli articoli 2040, 2041 cod. civ. che sono nel tenore seguente.

Art. 2040. « Ogni acquirente che non sia personalmente ob-
« bligato a pagare i creditori iscritti, ha la facoltà di liberare gl'im-
« mobili da ogni ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del
« suo titolo di acquisto.

Art. 2041. « Tale facoltà gli spetta anche dopo la notifica-
« zione del precetto coll'intimazione menzionata nell'art. 2014, pur-
« chè nei venti giorni successivi faccia trascrivere il suo titolo, che
« non fosse stato trascritto, e nel termine di giorni quaranta dopo
« la notificazione del precetto proceda in conformità degli arti-
« coli 2043 e 2044 ».

L'art. 2040 contempla evidentemente i due casi, proclamando in modo assoluto la facoltà spettante ad ogni acquirente, che non sia personalmente obbligato al pagamento dei creditori ipotecari, di procedere al giudizio di purgazione. L'art. 2041, riferendosi al caso speciale che con la notificazione al terzo possessore, con intimazione di rilasciare o pagare, del precetto trasmesso prima o contemporaneamente al debitore, siasi posta in movimento l'azione ipotecaria, fissa il termine entro il quale può in tal caso farsi uso di quella facoltà.

622. Il termine è perentorio e decorre contro qualsiasi per-

sona, capace od incapace che sia (1); rimane per altro sospeso dalla opposizione al precetto che venisse fatta nel termine di trenta gioini, e così con effetto sospensivo (art. 600 cod. proc. civ.), tanto dal debitore quanto dal terzo possessore (2), purchè si tratti di una opposizione specifica, seria, ed attuale, alla quale un semplice riservo non sarebbe equiparabile (3).

Nei quaranta giorni occorre avere proceduto alla notificazione ed alla offerta di cui agli articoli 2043, 2044; l'aver provocato semplicemente il decreto di cui all'art. 728 del codice di procedura civile, non basterebbe a salvare il terzo possessore dalla incorsa decadenza (4); di fronte al chiaro e preciso disposto dell'art. 2041 cod. civ., che richiede l'adempimento entro il termine di quelle formalità sostanziali, e non soltanto degli atti preparatorii delle medesime, una diversa e più benigna soluzione non sarebbe certamente ammissibile (5).

---

(1) Casale, 20 aprile 1869, *Giur. tor.*, VI, 620.

(2) Cass. Napoli, 21 gennaio 1884, *Annali di giur. it.*, XVIII, I, 190.

(3) Casale, 30 maggio 1868, *Giur. it.*, XX, II, 473.

(4) Torino, 4 febbraio 1873, *Giur. tor.*, X, 454.

(5) In questo senso la Corte d' appello di Torino ebbe a decidere con la sentenza citata qui sopra che non varrebbe allegare a giustificazione il ritardo frapposto dal presidente nel pronunziare il decreto, se nel ricorso si tacque la circostanza essenziale che al ricorrente era già stato notificato il precetto e che per conseguenza egli versava nelle condizioni dell' art. 2041. La sentenza è citata anche dal POCHINTESTA (*op. cit.*, II, 473), il quale al numero successivo ne ricorda un'altra della stessa corte, in data 4 giugno 1858 (*Giur. it.*, X, II, 610) nella quale fu deciso che il terzo possessore, decaduto per non avere ottemperato nel termine alle formalità di legge, non riacquista il diritto per avere il creditore che gli notificò il precetto lasciato trascorrere 180 giorni senza promuovere la vendita. La desistenza di questo creditore, fu detto, può indurre un abbandono della procedura, ma non importa la rinuncia ad un diritto acquistato, qual' è quello di far dichiarare il terzo possessore decaduto dal diritto di promuovere il giudizio di purgazione. Questa soluzione a noi non sembra accettabile. Cessati gli effetti del precetto, come può persistere la decadenza?

Esiste, ed è stata avvertita da tutti i proceduristi, una evidente antinomia fra l'art. 2014 capov. e l'art. 2041 cod. civ.; mentre infatti questo ultimo articolo assegna al terzo possessore il termine di quaranta giorni ad aver proceduto in conformità degli articoli 2043 e 2044, il capoverso del primo dei ricordati articoli dà diritto al creditore che ha notificato al terzo possessore il precetto trasmesso al debitore, con la speciale intimazione di pagare o rilasciare l'immobile ipotecato, di procedere alla vendita trascorsi che siano trenta giorni dalla notificazione stessa: « La vendita però non avrà luogo se non sono trascorsi trenta « giorni ec. ». Confrontando fra loro le due disposizioni se ne argomenta che in realtà quella dell'art. 2041 prevale su quella dell'art. 2014 capov.: i trenta giorni di cui in quest'ultimo articolo, diventano quaranta per necessità, perchè la facoltà di purgare accordata al terzo possessore, esercitata nel termine di quaranta giorni dalla notificazione, paralizza il diritto di far vendere riconosciuto nel creditore.

623. Il compratore può essere obbligato a promuovere il giudizio di purgazione entro un certo termine, indipendentemente dalla notificazione del precetto per parte del creditore, in virtù di un patto speciale contenuto nel suo contratto di acquisto; ma in tal caso l'avere omesso di promuoverlo nel termine fissato non implicherebbe decadenza dal diritto di promuoverlo, a meno che la decadenza non fosse stipulata espressamente. Se poi nel contratto fosse stato detto che il compratore avrebbe dovuto procedere immediatamente al giudizio di purgazione, senza stabilire un termine preciso, il venditore avrebbe diritto di proporre una domanda giudiziale contro di lui per fargli assegnare un termine al pagamento delle somme dovute ai creditori iscritti (1);

---

(1) Roma, 8 novembre 1894, *Temi rom.*, 1895, 44.— MATTIROLO, *Dir. giud.*, VI, 373.

eguale diritto spetterebbe a questi creditori pel conseguimento di quanto a ciascuno è dovuto, essendo loro concesso di valersi dell'azione in proposito spettante al loro debitore, in conformità dell'art. 1234 cod. civ.

624. Chi può promuovere il giudizio di purgazione? L'art. 2040 cod. civ. risponde espressamente a questa domanda parlando di ogni acquirente che non sia personalmente obbligato al pagamento del debito. Ogni acquirente che ha la qualità giuridica di terzo possessore, secondo il significato attribuito a questa espressione nella sezione precedente, ha, per effetto di questa sua qualità, la facoltà di promuovere il giudizio stesso. Tanto chi ha acquistato un intiero immobile, quanto chi ne ha acquistato una parte, o ha acquistato sopra di esso un diritto reale capace d'ipoteca, e per ciò di espropriazione: non però chi, dopo avere acquistato un immobile, o un diritto reale sopra un immobile, ne abbia perduto la proprietà, come se il suo acquisto fosse stato annullato, o se avesse rivenduto ad altri (1); nè chi avesse acquistato sotto condizione sospensiva, prima che la condizione siasi verificata (2). Che dire dell'acquirente sotto condizione risolutiva? Finchè la condizione non si è verificata, egli è proprietario e può esercitare tutti i diritti inerenti a tale sua qualità, non escluso quello di procedere al giudizio di purgazione: risolvendosi poi il suo acquisto, egli sarebbe nel diritto di ripetere dal suo alienante ciò che avesse pagato ai creditori iscritti (3). Trattandosi anzi di un compratore con patto di riscatto, sarebbe protetto dal diritto di ritenzione di cui all'art. 1528 cod. civ. (4).

---

(1) Cass. Firenze, 21 luglio 1892, *Foro it.*, XVII, I, 1068.

(2) POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 465; RICCI, *Dir. civ.*, X, 281; MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XXXVI, n. 7.

(3) POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 465.

(4) RICCI, *Dir. civ.*, X, 181; MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XXXVI, n. 8.

Queste diverse soluzioni non incontrano generalmente difficoltà. Quella soltanto che riguarda l'acquirente di un diritto reale immobiliare capace d'ipoteca, come l'usufrutto e la enfiteusi, è contradetta, quanto al primo di questi diritti, dalla maggioranza degli scrittori, i quali pensano si debba distinguere. Trasferito il diritto di usufrutto, ipotecato separatamente dalla nuda proprietà, l'acquirente dovrebbe essere ammesso a istituire il giudizio di purgazione; ma non dovrebbe essere ammesso a provvedere per tal modo alla liberazione del suo acquisto, colui che avesse acquistato l'usufrutto di un immobile la cui piena proprietà era stata ipotecata anteriormente alla costituzione del diritto di usufrutto (1). Abbiamo ripetutamente espresso la opinione che la esistenza di un'ipoteca sopra un immobile, non privando il proprietario della facoltà di disporne, non è di ostacolo alla valida costituzione di un diritto di usufrutto. Questo diritto, una volta costituito, ha un proprio contenuto ed un proprio valore, nè vi è una seria ragione per negare che chi lo acquista possa essere ammesso a purgarlo dalle ipoteche che lo gravano. Non vale obiettare che l'usufrutto non può essere ipotecato separatamente finchè è riunito alla proprietà, perchè in questo caso è separato, non riunito, per effetto della costituzione del relativo diritto; nè vale obiettare la indivisibilità della ipoteca, perchè l'obietto prova troppo: è vero che nel sistema ipotecario i creditori iscritti non possono risentire pregiudizio per il passaggio del fondo ipotecato ad un terzo possessore; ma l'alienazione parziale non è un pregiudizio, mentre il creditore conserva sulla parte alienata la sua ipoteca. Se la indivisibilità fosse di ostacolo alla purgazione dell'usufrutto costituito sopra l'immobile ipotecato in precedenza, sarebbe di ostacolo egualmente alla purgazione di un immobile quan-

---

(1) V. da ultimo in questo senso gli avvocati Coen e Jachini nella seconda edizione del *Trattato delle ipoteche di Pacifici-Mazzoni*, Vol. II, 113.

do l'ipoteca ne comprende più d'uno, o alla purgazione di una parte materiale dell'immobile ipotecato, quando ne è stata alienata soltanto una parte. Ma niuno ha mai pensato di spingere a queste conseguenze il principio della indivisibilità, e la facoltà di purgazione accordata al terzo possessore costituisce una eccezione al principio stesso, appunto nel senso che se un terzo acquista una parte dell'immobile ipotecato, o una fra diversi immobili sottoposti ad ipoteca, ed offre ai creditori iscritti il prezzo relativo, ottiene la liberazione di ciò che ha formato oggetto del suo acquisto, ferma restando, in favore dei creditori, l'azione ipotecaria sul rimanente.

Do in ipoteca per sicurezza di un debito di 10,000 un fondo di 10 ettari che vale 20,000. Chi mi vieta di venderne 2 ettari per L. 4000? L'acquirente offrirà al creditore iscritto le 4000 lire, e se il creditore nel termine di legge non farà il rincaro, e non domanderà l'incanto, la vendita diverrà definitiva. Il creditore riceverà un pagamento parziale di L. 4000 e per le L. 6000 del suo residuo credito avrà azione sugli otto ettari rimasti di mia proprietà. Do in ipoteca i fondi A. B. C. del valore complessivo di L. 30,000 per sicurezza di un debito di L. 15,000. Vendo per L. 10,000 il fondo A. Chi potrebbe negare all'acquirente la facoltà d'istituire il giudizio di purgazione?

Ma se in questi casi il principio della indivisibilità dell'ipoteca non è di ostacolo, perchè dovrebbe essere di ostacolo quando il debitore, ritenendo la nuda proprietà dell'immobile ipotecato, ne alienasse l'usufrutto? Il fatto potrà dar diritto al creditore di invocare la decadenza del benefizio del termine, di reclamare un supplemento di garenzia, d'impugnare l'alienazione come fatta in frode dei suoi diritti: ma quando non vi sia frode, quando l'acquirente offre il prezzo del diritto da lui acquistato, perchè dovrebbe escludersi la facoltà della liberazione? Il creditore è tutelato dalla facoltà del rincaro se il prezzo è vile; ma se il prezzo

è giusto, non può rifiutarlo in conto del suo credito, restando ferma la sua ipoteca sulla nuda proprietà per ottenere pagamento sul prezzo di essa di ciò che tuttora gli è dovuto.

La indivisibilità della ipoteca ha effetto anche di fronte al terzo possessore in questo senso, che se esso non paga, e non istituisce il giudizio di purgazione, il creditore ha diritto di estendere a lui la procedura esecutiva iniziata contro il debitore; ma non può avere effetto nel senso completamente diverso d'impedirgli l'esercizio della facoltà d'istituire quel giudizio datagli incondizionatamente dalla legge (1).

Gli stessi principii valgono, a parer nostro, quanto all'acquirente della porzione indivisa di un immobile; è ancor esso un terzo possessore e non potrebbe essergli negata la facoltà d'istituire il giudizio di purgazione, facendo precedere il giudizio di divisione a forma di quanto prescrive l'art. 2077 cod. civ. (2).

La esistenza di una ipoteca a favore del terzo possessore, anteriore a quelle degli altri creditori iscritti, ed estesa tanto da assorbire completamente il prezzo pel quale l'immobile fu da lui acquistato, non lo dispenserebbe dal procedere al giudizio di purgazione: fosse pur certo che nulla gli altri creditori potrebbero conseguire, essi avrebbero egualmente il diritto di escutere l'immobile ipotecato a loro favore. Il terzo possessore, per rendere irrevocabile il suo acquisto, e liberare l'immobile acquistato dalle ipoteche iscritte sul medesimo posteriormente alla sua, dovrebbe egualmente adempire le formalità tutte stabilite dalla legge a questo proposito (3).

Non potrebbe procedere al giudizio di purgazione l'acqui-

---

(1) Quanto al diritto francese confr. LAURENT, *op. cit.*, XXXI, pag. 435. Quanto al diritto italiano: MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XXXVI, n. 6.

(2) Bologna, 14 febbraio 1885, *Giur. it.*, 1885, I. II, 137.

(3) Torino, 30 giugno 1875, *Giur. tor.*, XII, 551.

rente che vi avesse rinunziato col lasciar decorrere il termine perentorio di cui all' art. 2041 cod. civ. o coll' assumere l' obbligazione personale di pagare i creditori iscritti (1); ma l'aver pagato una parte del prezzo nelle mani del venditore, non implicherebbe rinunzia al diritto di purgazione, come taluno ha erroneamente affermato (2), mentre non avrebbe altra conseguenza che quella di obbligare il terzo possessore a reintegrare in confronto dei creditori iscritti l' intiero prezzo, salvo il suo regresso contro il venditore (3).

625. Per istituire il giudizio di purgazione il terzo possessore deve anzitutto trascrivere, ove non lo avesse già fatto, il suo titolo di acquisto. Se procede di sua iniziativa, prima di essere raggiunto dalla notificazione di cui all'art. 2014 capov. cod. civ., la trascrizione del titolo d' acquisto è per lui una necessità, onde impedire la efficace iscrizione di nuove ipoteche contro l'alienante; scopo del giudizio è la liberazione dell' immobile da lui acquistato da ogni ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 114.

(2) Pacifici-Mazzoni, *op.* e *loc. cit.*

(3) Cass. Torino, 13 settembre 1892, *Temi. gen.*, 1892, 673. Riguardo alla questione se il terzo possessore per istituire il giudizio di purgazione debba essere capace di alienare, come è prescritto per il rilascio del fondo dall'art. 2016 cod. civ., noi riteniamo contrariamente alla opinione espressa da Mattirolo (*Dir. giur.*, VI, 382), che non occorra tale capacità, e che per conseguenza il padre pei figli minori, il tutore per l' amministrato possano iniziare il giudizio senza autorizzazione rispettivamente del tribunale e del consiglio di famiglia, e che l' inabilitato e il minore emancipato possano pure iniziarlo senza l'assistenza del curatore e la donna maritata senza l'autorizzazione maritale. Infatti non si tratta di assumere una obbligazione nuova, ma di dare esecuzione alla obbligazione preesistente di pagare il prezzo. Questo però quando l' acquisto fosse a titolo oneroso: trattandosi di acquisto a titolo gratuito, l' obbligazione sorge dalla dichiarazione del valore; e allora la necessità delle forme abilitanti deriva per l'incapace dalla diversa natura dell'atto che pone in essere.

del suo titolo d'acquisto (art. 2040 cod. civ.), e tale scopo non potrebbe essere raggiunto se prima non venisse operata la trascrizione. Se poi il giudizio di purgazione è provocato dall'azione del creditore iscritto, l'obbligo della trascrizione del titolo d'acquisto come premessa indispensabile del giudizio di purgazione, è imposto dall'art. 2041 cod. civ. là dove è detto che la facoltà di istituire questo giudizio spetta al terzo possessore anche dopo la notificazione del precetto, coll'intimazione menzionata nell'art. 2014, «*purchè nei venti giorni successivi faccia trascrivere il suo titolo che non fosse trascritto*» : la notificazione del precetto trasmesso al debitore non priva pertanto il terzo possessore della facoltà di trascrivere il suo titolo (1), ma tale trascrizione deve esser fatta entro venti giorni da tale notificazione a pena di decadenza dal diritto di far uso della facoltà concessa dalla legge (2).

Sorge a questo punto una grave questione riguardo al legatario dell'immobile ipotecato, che non essendo gravato personalmente del pagamento del debito voglia procedere al giudizio di purgazione. Dovrà egli trascrivere il suo titolo di acquisto, cioè il testamento nel quale sta scritto il legato a suo favore? Per quanto le disposizioni degli art. 2040, 2041 e l'altra dell'art. 2043 n. 4 cod. civ. siano concepite in termini assoluti e generici, pure è giuoco forza ritenere che la trascrizione non può in questo caso speciale essere richiesta. La trasmissione della proprietà per causa di morte non è soggetta alla formalità della trascrizione e spiega i suoi effetti di fronte ai terzi indipendentemente dall'adempimento di siffatta formalità. D'altra parte questa non avrebbe scopo, non potendo venire iscritte validamente ipoteche, contro il *de cujus* o contro l'erede, sull'immobile legato, dopo che per

---

(1) Cass. Roma, 5 maggio 1893, *Foro it.*, XVIII, I, 517; Roma, 19 luglio 1892, *Foro it.*, XVII, I, 1358.

(2) L'art. 729 capov. 1° cod. proc. civ. non lascia dubbio in proposito.

il semplice fatto dell'aperta successione il legatario ne ha acquistato la proprietà: nè si comprende come il conservatore delle ipoteche potrebbe eseguire la trascrizione di un testamento, mentre l'art. 1932 cod. civ. non lo annovera fra gli atti soggetti a questa formalità.

Verificandosi il caso di giudizio di purgazione istituito da un legatario, i creditori iscritti non gli potrebbero adunque opporre il difetto di trascrizione del suo titolo di acquisto; nè potrebbero fondare la opposizione sul disposto degli art. 2040, 2041, 2042 n. 4, perchè evidentemente il legislatore ha considerato in questi articoli quel che di solito accade, cioè la purgazione istituito in seguito ad acquisto tra i vivi, non il caso eccezionale dell'acquisto per la via di legato, il quale subisce le modificazioni rese necessarie dal suo speciale modo di essere e di spiegare i suoi effetti di fronte ai terzi (1).

626. Il terzo possessore deve in secondo luogo iscrivere, non in un termine prestabilito, ma prima però d' istituire il giudizio di purgazione, l'ipoteca legale di cui all' art. 2042 cod. civ., che è del tenore seguente: « L' acquirente non può essere ammesso « ad istituire il giudizio di purgazione, se prima non ha fatto « iscrivere in favore della massa dei creditori del venditore l' i- « poteca legale per garantia del pagamento del prezzo della ven- « dita o del valore dichiarato a norma del n. 3 dell' articolo se- « guente ».

Se il terzo possessore ha acquistato per un dato prezzo in capitale, la ipoteca deve essere iscritta per la somma corrispondente a questo prezzo; se ha acquistato a titolo gratuito, o ha costituito una rendita vitalizia o perpetua, o ha dato in permuta un altro immobile, deve iscrivere la ipoteca per quella somma

---

(1) La opinione adottata nel testo è opportunamente svolta da Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXVII, n. 2.

che reputa equivalente al valore dell' immobile e che egli è disposto a pagare ai creditori iscritti per ottenere la liberazione del medesimo. La formalità, per quanto costosa, è indispensabile, dato che il terzo possessore voglia essere ammesso a istituire il giudizio: la esistenza d' ipoteche iscritte a favore dei creditori dell' alienante, per somma di gran lunga eccedente il prezzo d' acquisto, la stessa iscrizione dell' ipoteca legale dell' alienante, operata d'ufficio dal conservatore nell'atto di trascrivere il contratto di acquisto, non dispensano il terzo possessore dall'adempimento della formalità, la quale è sostanziale e a pena di decadenza quando sia stato notificato il precetto a norma dell'art. 2014 capov. cod. civ. (1).

La iscrizione della ipoteca di cui si tratta, analoga a quella che in caso di vendita coatta è obbligato ad iscrivere il cancelliere del tribunale (art. 2089 cod. civ.), fissa irrevocabilmente i diritti dei creditori ipotecari (art. 2012 cod. civ.) dispensandoli dall'obbligo della rinnovazione delle loro ipoteche particolari (artic. 2003 cod. civ.), e giova ai creditori chirografari dell' alienante onde in caso di sopravanzo di prezzo, dopo l'utile collocazione dei creditori ipotecari, sia loro assicurata quella somma, che altrimenti l'acquirente pagherebbe all'alienante senza incorrere in veruna responsabilità. Resti fermo il prezzo offerto dal terzo possessore, o facciasi luogo all' esperimento dell' asta, secondo i casi che in breve prenderemo in esame, il giudizio di purgazione fa capo sempre al giudizio di graduazione nel quale i creditori chirografari dell'alienante hanno diritto di presentare le loro domande per ottenere pagamento sul residuo che può verificarsi, soddisfatti che siano i creditori privilegiati e i creditori ipotecari secondo il loro grado (art. 2092 cod. civ.); ed anche per garantire questo loro diritto è richiesta l' iscrizione della ipoteca a favore della massa

---

(1) Trib. S. Maria, 16 luglio 1868, *Gazz. trib. Napoli*, XXI, 409.

dei creditori, nella quale essi pure sono compresi qualora presentino le loro domande (1).

627. Trascritto il proprio titolo e iscritta la ipoteca legale di cui all'art. 2042 cod. civ. il terzo possessore che intende procedere al giudizio di purgazione deve fare eseguire ai creditori iscritti la notificazione del suo acquisto con l'offerta del prezzo o del valore dichiarato del medesimo in conformità dell' art. 2043 cod. civ.; ma tale notificazione deve essere preceduta dal ricorso e dal decreto di cui agli art. 727 e 728 del codice di procedura civile, il contenuto dei quali deve necessariamente essere premesso alla esposizione delle norme corrispondenti del codice civile.

L' acquirente che voglia procedere al giudizio di purgazione, dice il primo dei detti articoli, deve presentare con ricorso al presidente del tribunale competente per la espropriazione: 1° il titolo del suo acquisto col certificato della trascrizione di esso; 2° il certificato delle ipoteche iscritte utilmente sopra i beni acquistati; 3° il certificato della ipoteca legale iscritta a favore della massa dei creditori (art. 727 cod. proc. civ.).

Il ricorso va presentato al presidente del tribunale competente per la espropriazione, del tribunale, cioè, nella cui giurisdizione sono situati i beni che si vogliono liberare, e dato che questi siano più, e situati in giurisdizioni diverse, del tribunale nella cui giurisdizione è situata la parte maggiore, avuto riguardo all' importare del tributo diretto verso lo Stato (art. 662 capov. cod. civ.). Il precetto della legge è di ordine pubblico e non vi si potrebbe derogare con speciale elezione di domicilio contenuta nel contratto di acquisto (2). La notificazione da farsi ai creditori iscritti interessa questi ultimi, ed essi non sarebbero menomamente vincolati dal patto contrattuale intervenuto fra venditore

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 115; Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXVII, numero 4.

(2) Cass. Torino, 30 decembre 1882, *Giur. tor.*, XX, 186.

e compratore, in virtù del quale il giudizio di purgazione dovrebbe farsi in giurisdizione diversa da quella dove i beni sono situati. La competenza territoriale non è generalmente d'ordine pubblico e le parti possono rinunziare alle relative norme di legge; ma qui è in giuoco l'interesse dei terzi e una rinunzia non sarebbe giuridicamente efficace (1).

I documenti che devono essere presentati insieme al ricorso dimostrano chiaramente lo scopo della loro presentazione. Occorre in primo luogo il titolo dell'acquisto con il certificato della eseguitane trascrizione, perchè si veda se il ricorrente ha la veste giuridica di terzo possessore e se può essere considerato tale di fronte ai creditori iscritti, che sono terzi rispetto al suo titolo: occorre in secondo luogo il certificato delle ipoteche iscritte utilmente, cioè anteriormente alla trascrizione del titolo di acquisto. sopra i beni che si vogliono liberare, perchè si sappia quale è il preciso obiettivo del giudizio che si vuole istituire; occorre finalmente il certificato dell'ipoteca legale iscritta a favore della massa dei creditori, perchè resulti l'adempimento di questa sostanziale formalità.

Il presidente, dispone il secondo degli articoli citati, con suo decreto, dichiara aperto il giudizio di graduazione, indicando o nominando il giudice delegato per il medesimo; stabilisce un termine, non minore di giorni quindici e non maggiore di trenta, entro il quale devono farsi le notificazioni e l'inserzione richieste dagli articoli 2043 e 2044 del codice civile; ordina ai creditori di depositare nella cancelleria le loro domande di collocazione motivate e i documenti giustificativi nel termine di giorni quaranta

---

(1) Vi è una decisione in senso opposto della corte d'appello di Modena del 12 marzo 1878, *Mon. trib. Mil.*, XIX, 358; ma la massima contraria, autorevolmente sancita dalla Cass. di Torino nella sentenza citata alla nota precedente, è senza dubbio l'unica conforme alla lettera e allo spirito della legge.

dalla notificazione. Il decreto si trascrive negli atti di notificazione, i quali devono contenere anche la costituzione del procuratore dell'istante (art. 728 cod. proc. civ.).

La legge non stabilisce un termine perentorio entro il quale il decreto presidenziale debba essere emanato; e se il terzo possessore proceda di sua iniziativa, di termine perentorio non può certamente parlarsi; ma se il suo ricorso sia provocato dalla notificazione del precetto di cui all' art. 2014 capov. cod. civ., il termine viene ad essere imposto dalla disposizione dell' art. 2041 cod. civ. dove è chiaramente detto che la facoltà di liberare gl' immobili spetta anche in tal caso al terzo possessore purchè proceda in conformità degli articoli 2043, 2044 nel termine di giorni quaranta da quella notificazione. Citammo di sopra (pag. 528 in nota) una decisione nella quale fu dichiarato che il ritardo del presidente nell' emanare il decreto di cui all' art. 728 cod. proc. civ. non salva il terzo possessore dalla decadenza, specialmente se nel ricorso non si è dato cura di esporre che egli non agiva di sua iniziativa, ma sotto l' impulso dell' azione esecutiva intrapresa da un creditore iscritto. Ma come si dovranno interpretare le parole *« perchè proceda in conformità degli articoli 2043 e 2044 »*? Basterà che nei quaranta giorni dalla notificazione abbia ottenuto il decreto, o deve entro questo termine aver proceduto alle notificazioni e alla inserzione delle quali è parola nei citati articoli?

Se si guarda unicamente l' art. 2041 cod. civ., sembra evidente che nel termine di quaranta giorni dalla notificazione del precetto tutto debba essere compiuto, notificazioni ed inserzione: se d'altra parte si attende il disposto dell' art. 728 cod. di proc. civ. sembra invece che il presidente, dovendo fissare per l' adempimento di questa formalità un termine non minore di giorni quindici e non maggiore di trenta, possa accordare alla parte istante un tempo maggiore di quello resultante dalla disposizione del primo dei citati articoli. Se infatti, nel caso di notificazione

del precetto per parte di un creditore iscritto, il terzo possessore ha venti giorni di tempo per trascrivere il suo titolo, se prima di presentare il ricorso deve procurarsi i documenti di cui all'art. 726 cod. proc. civ., se poi il presidente può fissargli il termine di trenta giorni per fare le notificazioni e l'inserzione, sembra non possa pretendersi che tutto sia compiuto nello spazio di tempo relativamente breve di quaranta giorni dalla notificazione del precetto: sono note le lungaggini degli uffici ipotecari quando devono rilasciare stati ipotecari che possono essere voluminosi e che richiedono spesso lunghe ed accurate ricerche; e d'altra parte se il presidente, usando della facoltà datagli dalla legge, fissasse un termine per le notificazioni e per l'inserzione al di là di quello stabilito dall'art. 2041, come potrebbero i creditori iscritti invocare la decadenza del terzo possessore?

Evidentemente la redazione della legge non è felice, e manca fra le disposizioni del codice civile e quelle del codice di procedura civile il necessario coordinamento. L'aver separato, le une dalle altre, disposizioni così intimamente connesse come quelle che stiamo esaminando, è stato un primo errore, ed un errore non meno grave è stato il non coordinarle.

Ciò non ostante, noi propendiamo per ritenere che il termine di cui all'art. 2041 sia di rigore e che la facoltà accordata al presidente dall'art. 728 cod. proc. civ. non possa essere utilmente spesa se non entro il termine segnato da quell'articolo che è fondamentale, quando, essendo stato notificato il precetto, vi è luogo alla sua applicazione. E propendiamo per questa soluzione, perchè riteniamo che l'art. 728 proc. civ. abbia regolato, per ciò che riguarda l'assegnazione del termine, il caso in cui il terzo possessore proceda al giudizio di purgazione di sua iniziativa, senza essere coartato dalla notificazione di cui all'art. 2014 cod. civ. In questo caso il presidente fissa il termine; quando invece è stata fatta la notificazione del precetto al terzo posses-

sore, il termine è fissato dall'art. 2041 cod. civ. Ciò si argomenta infatti dall'art. 729 cod. proc. civ. che distingue nettamente i due casi: « L'inserzione e le notificazioni di cui nell'articolo pre- « cedente, devono essere compiute nel termine stabilito...... Nel « caso indicato nell'art. 2041 del codice civile tutte le formalità « anzidette devono compiersi, sotto pena di decadenza, nel ter- « mine di giorni quaranta stabilite nello stesso articolo ».

628. Ottenuto il decreto presidenziale di cui all'art. 728 del codice di proc. civ. nel termine di cui all' art. 2041 cod. civ. se gli fu notificato il precetto, nel termine fissato nel decreto stesso se agisce di propria iniziativa, l'acquirente procede alla notificazione del suo acquisto ai creditori iscritti, offrendo ai medesimi il prezzo relativo o il valore dichiarato che è disposto a distribuire per ottenere la liberazione dell'immobile da lui acquistato. La notificazione e l' inserzione che deve susseguirla sono governate dai citati articoli 2043, 2044 cod. civ.

Art. 2043: « L' acquirente farà notificare per mezzo di usciere « ai creditori iscritti, nel domicilio da essi eletto, e al pre- « cedente proprietario:

« 1. La data e natura del suo titolo;

« 2. La qualità e situazione dei beni col numero del ca- « tasto o altra loro designazione, come risultano dallo stesso ti- « tolo;

« 3. Il prezzo stipulato o il valore che dichiarerà, se si « tratta di fondi avuti a titolo lucrativo o il cui prezzo non fu « determinato;

« 4. La data della trascrizione;

« 5. La data e il numero d'ordine della iscrizione menzio- « nata nell'articolo precedente;

« 6. Uno stato in tre colonne di tutte le iscrizioni sopra « i detti beni, prese contro i precedenti proprietari anteriormente « alla trascrizione. Nella prima colonna sarà indicata la data delle

« iscrizioni, nella seconda il nome e cognome dei creditori, nella « terza l'importare dei crediti iscritti ».

Art. 2044: « Nell' atto della notificazione il terzo possessore « deve eleggere domicilio nel comune ove siede il tribunale com« petente per la subastazione, e offrire di pagare il prezzo o il « valore dichiarato. Un estratto sommario di questa notificazione « sarà inserito nel giornale degli annunzi giudiziari ».

La semplice lettura di queste disposizioni serve a chiarirne il concetto e lo scopo. I creditori iscritti devono conoscere il prezzo o il valore offerto che formerà oggetto di distribuzione, per determinare se loro convènga di accettarlo o no: dallo stato in tre colonne sono posti in grado di vedere se e da quali iscrizioni è preceduta la loro; quelli che ottengono sicuro pagamento non hanno interesse a fare il rincaro e a chiedere la vendita all' incanto; quelli invece che resultano perdenti hanno questo mezzo per allontanare il danno che dalla irretrattabilità della vendita sarebbe loro per derivare. L'offerta deve poi essere notificata al precedente proprietario, perchè egli ha interesse, e per ciò diritto, di sapere a chi e in quale misura viene distribuito il prezzo a lui dovuto, e perchè d'altronde l'avanzo che può verificarsi gli appartiene.

La notificazione deve farsi al domicilio eletto da ciascun creditore nella propria iscrizione; ma se non si fosse fatta la elezione di domicilio, o fosse morta la persona o cessato l' ufficio presso cui il domicilio erasi eletto, le notificazioni possono farsi all'uffizio delle ipoteche (art. 1999 capov. 2° cod. civ.). Il cambiamento di stato del creditore, come la maggiore età sopravvenuta, non ha effetti giuridici, perchè il terzo possessore non ha obbligo di conoscerla, ed è perciò valida egualmente la notificazione al padre o al tutore nel domicilio eletto (1). È valida del pari la notificazione fatta al domicilio reale o alla residenza in persona pro-

(1) Torino, 6 ottobre 1891, *Giur. tor.*, XXIX, 124.

pria, ma è prudente attenersi al modo di notificazione prescritto dalla legge ad evitare inutili questioni come altrove fu da noi dichiarato (sopra n. 435 p. 191).

Quanto alla notificazione da farsi al precedente proprietario, è ovvio avvertire che se l'immobile che si vuol liberare sia stato successivamente in proprietà di più persone, prima di venire acquistato da colui che istituisce il giudizio di purgazione, e se vi siano contro queste diverse persone ipoteche iscritte e non colpite da perenzione per non essere decorso il trentennio o per essere state rinnovate in tempo utile, la notificazione dovrà farsi ad ognuna di esse (1); ma se fosse lo stesso proprietario precedente che per mandato conferitogli dal nuovo proprietario istituisse in nome e per conto di quest' ultimo il giudizio di purgazione, la notificazione al proprietario precedente non sarebbe necessaria, perchè egli non potrebbe allegare l'ignoranza di ciò che egli stesso ha fatto, sia pure nell'interesse altrui.

Il creditore che non avesse potuto domandare collocazione del suo credito o richiedere l' esperimento dell' incanto in tempo utile per non essergli stato notificato l' atto di offerta del terzo possessore, conserva il suo diritto, tanto se la omissione è imputabile alla parte richiedente, quanto se è imputabile al conservatore, salvo in quest'ultimo caso la di lui responsabilità verso il terzo possessore danneggiato a tenore dell' art. 2068 cod. civ. (sopra n. 354 seg. pag. 58) (2).

---

(1) Mattirolo, *Dir. giud.*, VI, 389.

(2) Il confronto fra l' art. 2068 cod. civ. e l'art. 2198 cod. francese, che nel caso di conflitto fra l' acquirente e il creditore iscritto la cui iscrizione è stata omessa nel certificato rilasciato dal conservatore, sacrifica il creditore iscritto, fu da noi esposto di sopra al n. 350 (pag. 44 e seg.). Stimiamo opportuno non ripetere cose già dette, rinviando a quel luogo e specialmente alla nota a pag. 49. La opinione da noi propugnata in proposito è lucidamente esposta da Mattirolo (*Dir. giud.*, VI, 394 e seg.) ove opportunamente confuta la contraria opinione del Cuzzeri) *Commento* nell' art. 728 proc. civ.

629. Non tutti i requisiti richiesti dagli articoli 2043, 2044 sono egualmente sostanziali, nè la omissione o la inesattezza di tutti indistintamente sarebbe cagione di nullità. Nel silenzio del legislatore, il quale non determina gli effetti della inosservanza delle formalità prescritte in questi articoli, e negli articoli corrispondenti del codice di procedura civile, i casi particolari che possono presentarsi devono essere risoluti in conformità del principio generale sancito nell' art. 56 del codice di procedura civile, dichiarando la nullità dell'atto quando sia mancante degli elementi che ne costituiscono l' essenza; indurrà pertanto nullità la omissione o la inesattezza che induca incertezza assoluta sulla natura del titolo, sulla qualità e situazione dei beni, sul prezzo o sul valore offerto, sulle ipoteche dalle quali si vogliono liberare i beni; non così la omissione o inesattezza delle indicazioni richieste ai numeri 4 e 5 dell' art. 2043; purchè la trascrizione sia stata eseguita, e sia stata iscritta la ipoteca legale, le omissioni o le inesattezze che in proposito fossero incorse nell' atto di notificazione non produrrebbero la nullità dell'atto stesso. Essenziali sono indubbiamente la elezione di domicilio di cui all' art. 2044, e la inserzione di cui al capoverso dello stesso articolo; non la costituzione del procuratore e la trascrizione del decreto prescritte dal capoverso dell' art. 728 cod. proc. civ.: alla mancanza della prima si può supplire in seguito, purchè il domicilio sia stato eletto e la omissione della seconda non può essere cagione di nullità purchè il decreto vi sia e sia stato notificato separatamente (1).

---

nota 4) determinata solo dal non avere avvertito la sostanziale differenza fra l'art. 2322 del cod. albertino, conforme all' art. 2198 cod. francese, e l' articolo 2068 cod. civ. italiano.

(1) Su tutto ciò cons. MATTIROLO, *Dir. giud.*, VI, 395 e seg.—Torino, 11 febbraio 1864, *Giur. tor.*, I, 102; Casale, 20 aprile 1869, *Giur. tor.*, VI, 620; Cass. Roma, 16 aprile 1887, *Foro. it.*, XII, I, 513; Cass. Napoli, 2 dicembre 1885, *Foro it.*, XI, I, 206; Roma, 16 luglio 1886, *Temi rom.*, 1887, 21.

630. Ciò che costituisce propriamente la essenza dell'atto di cui ci stiamo occupando è l'offerta di pagare il prezzo o il valore dichiarato: è da questa che i creditori iscritti devono prendere norma per determinare se a loro convenga accettarla o no, e le omissioni e le inesattezze che in essa si verificassero sarebbero indubbiamente cagione di nullità. In questo senso è stato osservato che la offerta di un prezzo diverso da quello realmente dovuto, sarebbe cagione di nullità tanto se il prezzo offerto fosse minore, quanto se fosse maggiore di quello resultante dal contratto di alienazione: ma noi non possiamo convenire in questa osservazione; tale soluzione, indubitata quando è offerto un prezzo minore del dovuto, non è egualmente accettabile nell'altro caso. Nel senso di ritenere nulla l'offerta, e nullo il giudizio, anche in caso di offerta maggiore, si è osservato che l'acquirente può valersi della offerta maggiore come di un mezzo per impedire l'aumento del decimo per parte dei creditori iscritti e il conseguente esperimento dell'asta (1). Ma è facile rispondere che nel più è compreso il meno e che l'acquirente offrendo un prezzo maggiore di quello realmente stipulato altro non fa che obbligarsi a pagare questo prezzo maggiore quando ai creditori piaccia di accettarlo; che se poi qualcuno fra essi non lo accettasse, e volesse fare l'aumento del decimo, potrebbe egualmente prendere a guida il

---

(1) MATTIROLO (*Dir. giud.*, VI, 398), il quale, configura il seguente caso all'oggetto di dimostrare la fondatezza della opinione esposta da lui: « Un « tale compra per 100 mila lire un podere gravato di ipoteche: il vero valore di questo stabile può valutarsi lire 110 mila; l'acquirente, per assicurarsene il libero dominio, istituisce il giudizio di purgazione, e offre, non « il prezzo stipulato in lire 100.000, ma lire 105 mila. I creditori iscritti, di « fronte a tale offerta, non oseranno più fare l'aumento dal decimo, mentre « l'avrebbero fatto qualora si fosse loro offerto il vero prezzo stipulato. Ed « ecco che per tal modo l'acquirente rimarrà definitivo proprietario per « lire 105.000, mentre avrebbe dovuto sborsare un prezzo più elevato; ed i « creditori dalla malizia dell'acquirente riceveranno un indebito danno, eguale « all'illecito guadagno fatto da questo ».

prezzo stipulato, non quello maggiore offerto dall' acquirente, dimostrando che l'offerta maggiore era diretta appunto a impedirgli di valersi del suo diritto (1).

Quando non vi è prezzo stipulato, ma semplice dichiarazione di valore, colui che istituisce il giudizio è libero di determinarlo a suo talento, ma più la sua offerta sarà bassa, e lontana dal giusto prezzo, aumenteranno le probabilità di non accettazione per parte dei creditori, e sarà resa più facile la prova dell'asta.

L' offerta fatta è irretrattabile, perchè il legislatore accorda ai creditori un termine perentorio per rifiutare, ma non per accettare l'offerta stessa. Osserva giustamente uno scrittore nostro, che importando il silenzio dei creditori accettazione della offerta dell' acquirente, essi possono sempre sostenere di averla accettata fino dal primo momento in cui hanno ricevuto la notificazione, sol perchè non l' hanno espressamente rifiutata: l' avere essi un termine di quaranta giorni per manifestare il loro rifiuto, non muta la situazione giuridica dell' acquirente, il quale è vincolato fino dal principio dall' offerta da lui fatta, e non può per conseguenza revocarla come un' offerta qualsiasi (2).

---

(1) Il Cuzzeri (*Commento all' art.* 728 *pr. cit.*), è appunto di opinione che l'offerta maggiore non sia mai causa di nullità dell' atto di notificazione. Nel senso medesimo può consultarsi una sentenza della cassazione di Torino del 28 decembre 1881 (*Annali di giur. it.*, XV, I, I, 457) la quale ebbe a dire che volendo procedere alla liberazione di un immobile dalle ipoteche che lo gravano, il terzo possessore deve offrire ai creditori iscritti l' intero prezzo del suo acquisto quale resulta stipulato nel contratto, senza che diano luogo a riduzione del medesimo le ragioni che possono competere al terzo possessore contro il venditore per ottenere una diminuzione o una compensazione. La cassazione di Firenze poi ebbe a decidere che nella offerta di prezzo fatta da chi promuove il giudizio di purgazione deve comprendersi anche il capitale degli oneri gravanti il fondo (sentenza del 30 decembre 1889, *Annali* cit. I, I, 232).

(2) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXVII, n. 6; Pochintesta, *op. cit.*, II, 481. Contro: Mattirolo, *op. cit.*, VI, 404, il quale sostiene, in conformità dei prin-

631. Che dire del caso in cui siano stati acquistati con unico contratto più immobili, o mobili e immobili insieme? Il caso è regolato nell' articolo 2058 cod. civ. che è del tenore seguente: « Nel caso in cui il titolo del nuovo proprietario comprendesse mobili ed immobili, ovvero più immobili, gli uni ipotecati e gli altri liberi, o non tutti gravati dalle stesse iscrizioni, situati nella stessa o in diverse giurisdizioni di tribunali civili, alienati per un solo e medesimo prezzo, o per prezzi distinti e separati, aggregati o non aggregati alla stessa tenuta, il prezzo di ciascun immobile assoggettato a particolari e separate iscrizioni sarà dichiarato nella notificazione del nuovo proprietario, ragguagliato sul prezzo totale espresso nel titolo. Il creditore maggiore offerente non può in verun caso essere costretto ad estendere la sua offerta nè ai mobili, nè ad altri immobili fuori di quelli che sono ipotecati pel suo credito, salvo il regresso del nuovo proprietario contro il suo autore pel risarcimento del danno che venisse a soffrire per la separazione degli oggetti compresi nell' acquisto e delle relative coltivazioni ».

La distinzione del prezzo è nei due casi indicati dall' articolo assolutamente sostanziale, come quella che pone in grado i creditori iscritti di limitare la richiesta d' incanto a quelli fra i beni compresi in uno stesso contratto di acquisto che hanno interesse di vedere aumentati e portati al loro giusto valore. In questo senso fu deciso essere nulla e di niun effetto la denunzia dell' acquisto, se mancano in essa gli elementi della sua essenza,

---

cipii generali del diritto, che l' offerta non vincola chi l' ha fatta finchè non è accettata espressamente con una diretta manifestazione di volontà, o tacitamente col decorso del termine entro il quale può essere richiesto l' incanto. Ma questo argomento nulla prova, come non ha efficacia, a parer nostro, il richiamo che il citato scrittore fa dell' art. 1263 cod. civ., non essendo nel concreto del caso richiesta l'accettazione dei creditori.

come nel caso in cui, comprendendosi in essa fondi diversi, non sia indicato il prezzo separato di ciascuno (1).

La legge impone la distinzione del prezzo perchè i creditori che vogliono rendersi maggiori offerenti non possono essere costretti ad estendere la loro offerta ai mobili, od agli immobili non ipotecati a loro favore. Si argomenta da ciò che colui il quale ha ipoteca sopra un solo immobile, che sia venduto insieme con altri, ha diritto di limitare la sua offerta a quello soltanto; ma se avesse ipoteca su tutti gl'immobili venduti, o su alcuni di essi, non potrebbe limitare la sua offerta di aumento ad un solo. La espressione della legge « *non può in verun caso essere costretto ad estendere la sua offerta ad altri immobili fuori di quelli che sono ipotecati pel suo credito* » dimostra in modo evidente che quanto a questi ultimi può essere costretto a tale estensione (2).

Questa ultima osservazione, come tutte le altre che potrebbero farsi intorno al capoverso dell'art. 2053 cod. civ., attiene all'offerta del creditore iscritto, di cui è parola nell'art. 2045 cod. civ., non alla notificazione di cui agli articoli 2043, 2044 dello stesso codice; di essi attualmente ci stiamo occupando: ma abbiamo voluto premettere la osservazione, a costo di turbare l'ordine logico della trattazione, per lo stretto nesso che lega il capoverso col rimanente del citato articolo.

---

(1) Napoli, 2 maggio 1870, *Giur. it.*, XXII, I, II, 320. Con la stessa sentenza fu deciso non essere sanata la nullità dalle maggiori indicazioni fornite dall'acquirente nella comparsa conclusionale. Nel senso della nullità della denunzia se, comprendendo l'acquisto mobili e immobili, non è distinto il prezzo degli uni da quello degli altri, cons.: Firenze, 27 aprile 1872, *Annali di giur. it.*, VI, II, 178. Per il caso di più fondi, sempre nel senso della nullità: Casale, 10 aprile 1869, *Giur. tor.*, VI, 620.

(2) V. però Lucca, 2 luglio 1870, *Annali di giur. it.*, IV, II, 517. Nel senso da noi indicato: Cass. Torino, 14 febbraio 1880, *Mon. trib. Mil.*, XXI, 307; Cass. Napoli, 20 febbraio 1891, *Dir. e giur.*, VII, 273.

632. Si è fatta questione se il terzo acquirente che istituisce il giudizio di purgazione debba offrire, insieme al prezzo o al valore dichiarato, gl' interessi dovuti su quello o su questo secondo si tratta di vendita o di acquisto d'altra natura; ma in verità non sappiamo comprendere da quale disposizione di legge vorrebbe desumersi siffatta obbligazione, mentre l'art. 2044 espressamente dichiara che la offerta riguarda il prezzo o il valore dichiarato, senza menomamente parlare degl' interessi relativi.

Gl' interessi sono indubbiamente dovuti dal terzo acquirente e devono essere distribuiti unitamente al prezzo, od al valore dichiarato, nel giudizio di graduazione, tanto se l'acquisto rimanga fermo per mancanza di aumento per parte dei creditori iscritti, quanto se venga fatto il rincaro e la richiesta d' incanto; sono dovuti in virtù del principio generale dell' art. 1509 cod. civ., come sono dovuti dal liberatario, nel giudizio di vendita coatta, in corrispettivo dei frutti naturali o civili prodotti dall' immobile e acquistati o percetti per occasione di esso; ma non occorre farne esplicita offerta, bastando che formino oggetto di distribuzione nel giudizio di graduazione.

Da quando e sino a quando sono dovuti questi interessi?

Si è detto doversi distinguere: se il giudizio di purgazione è istituito in ordine a precetto notificato al terzo possessore, si è detto che sono dovuti dal giorno della trascrizione del medesimo; se è istituito volontariamente, dal giorno della notificazione di cui nell' art. 2043 (1). Noi siamo di contrario avviso, e riteniamo siano dovuti sempre e indistintamente dal giorno della trascrizione del precetto contro il debitore, perchè colui che acquista un immobile ipotecato deve essere cauto di non pagare al venditore i frutti del suo acquisto quando sono per il fatto della

(1) Cass. Torino, 22 febbraio 1896, *Foro it.*, 1896, I, 395.—Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXVII, n. 8.

trascrizione immobilizzati (1). Questo per ciò che riguarda il termine iniziale della obbligazione. Per ciò che riguarda il termine finale, si deve distinguere. Se l'acquisto diviene definitivo per mancanza di richiesta d'incanto, gl'interessi sono dovuti dal terzo possessore che ha istituito il giudizio fino al giorno in cui, col pagamento che egli fa ai creditori iscritti in ordine al giudizio di graduazione, si libera dal suo debito; se poi ha luogo richiesta d'incanto, cessa l'obbligo di pagare gl'interessi con l'aggiudicazione. Gl'interessi in vero sono il corrispettivo dei frutti dell'immobile che il terzo possessore fa suoi e non possono essere dovuti al di là del giorno nel quale il godimento dell'immobile cessa di appartenergli (2).

633. Occorre appena avvertire che la offerta di pagare il prezzo o il valore dichiarato deve essere fatta dal terzo possessore senza riserva o condizioni. Il compratore dovrebbe pertanto

---

(1) Non dal giorno della trasmissione, come erroneamente insegna PACIFICI-MAZZONI (*op. cit.*, II, 119), perchè fino a quando non sono immobilizzati con la trascrizione possono essere pagati liberamente.

(2) Una singolare specie di fatto ebbe a verificarsi in quella graduatoria Bruno-Alliata Vaglienti che dette luogo alle discordanti sentenze delle cassazioni di Firenze e di Roma intorno all'applicazione dell'art. 2010 cod. civ. Il Bruno aveva acquistato dal conte Alliata Vaglienti la tenuta di Campo (citate di sopra a pag. 424) presso Pisa e aveva intrapreso il giudizio di purgazione: nessun creditore iscritto aveva fatto il rincaro ed il Bruno, che aveva trovato la tenuta affittata e riscossi anticipatamente i canoni di affitto, sosteneva di non essere tenuto a rappresentare ai creditori gl' interessi sul prezzo del suo acquisto perchè non aveva goduto i frutti del fondo acquistato. Diversamente decisero la corte d'appello e la cassazione (Lucca, 19 giugno 1891, *Annali di giur. it.*, XXVI, III, 413; Cass. Firenze, 14 decembre 1891, *Temi ven.*, 1892, 69); ed a ragione, perchè l'art. 1509 cod. civ. dichiara fruttifero il prezzo se la cosa venduta produce frutti o altri proventi, senza esigere che il compratore li riscuota effettivamente. Il riscuoterli o no (salvo il caso di liberazione anticipata trascritta anteriormente alla iscrizione delle ipoteche gravanti il fondo) riguarda i privati rapporti fra compratore e venditore, ai quali sono completamente estranei i creditori iscritti.

offrire ai creditori iscritti il pagamento immediato del prezzo del suo acquisto, malgrado la dilazione pattuita col venditore (1). Fu infatti giustamente osservato che col giudizio di purgazione i creditori iscritti non sono affatto surrogati all'alienante, non esercitano i suoi diritti, nè rispondono delle sue obbligazioni: il prezzo che loro offre l'acquirente è quello bensì che egli ha stipulato con l'alienante nel suo valore quantitativo; ma la causa dell'offerta sta nel diritto che hanno i creditori, in virtù della loro ipoteca, di espropriare l'immobile da lui acquistato. A dimostrare del resto che i creditori iscritti non sono sostituiti all'alienante, basta considerare che l'acquirente deve offrir loro il pagamento del valore dichiarato, anche quando, essendo il suo acquisto a titolo gratuito, nulla è da lui dovuto al suo alienante in corrispettivo del medesimo (2).

Possono bensì essere dichiarate nella offerta tutte quelle modalità che sono state stipulate col venditore, come ad esempio il patto che le spese di contratto dovessero far carico a quest'ultimo. Un patto consimile non sarebbe invero una condizione della offerta, o una restrizione della medesima, ma si risolverebbe in una diminuzione di prezzo, della quale i creditori sarebbero obbligati a tener conto nel determinarsi ad aumentare il prezzo offerto per far luogo all'esperimento dell'asta, o a lasciare che il prezzo stesso divenga definitivo e irretrattabile per la decorrenza del termine fissato dalla legge (3).

Lo stesso è a dirsi delle spese del giudizio di purgazione. Queste sono di regola a carico del terzo possessore che lo isti-

---

(1) In questo senso cass. Torino, 3 luglio 1867, *Annali giur. it.*, I, I, 327.

(2) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXVII, n. 9.

(3) Vedremo a suo luogo, commentando l'art. 2049 cod. civ. se in questo caso speciale, facendosi luogo alla vendita all'asta, l'aggiudicatario abbia diritto alla sua volta di prelevare dal prezzo del suo acquisto le spese di aggiudicazione.

tuisce (1); ma se nel contratto di acquisto fosse dichiarato che dette spese sarebbero prelevabili dal prezzo del quale viene offerta la distribuzione, e nella offerta ciò fosse espressamente ripetuto, il patto, che non ha in sè nulla d'invalido, o di contrario alla legge, si risolverebbe in una diminuzione di prezzo e i creditori i quali non avessero fatto il rincaro, divenuto definitivo l'acquisto, non potrebbero insorgere contro il medesimo (2).

Al contrario il compratore non potrebbe pretendere di compensare *a priori* con tanta rata del prezzo da lui dovuta un suo credito verso il venditore, quantunque ipotecariamente iscritto sul fondo acquistato; tale pretesa costituirebbe una offerta minore del prezzo stipulato, che darebbe luogo a nullità, mentre la compensazione non potrebbe derivare che da collocazione nel giudizio di graduazione chiesta ed ottenuta dall'acquirente in contradittorio degli altri creditori iscritti ed in conformità del suo grado (3).

634. Si è disputato se per procedere al giudizio di purgazione sia necessaria la capacità di alienare prescritta per il rilascio dell'immobile ipotecato dall'art. 2016 cod. civ. e non è mancato chi ha sostenuto la opinione negativa, osservando che il terzo possessore non fa altro che offrire il prezzo o il valore dell'immobile da lui acquistato, per allontanare le molestie che potrebbero essergli arrecate dai creditori iscritti ed evitare l'azione ipotecaria (4). Generalmente però la opinione affermativa è prevalente (5).

(1) Casale, 1 aprile 1881, *Giur. cas.*, I, 212; Torino, 11 settembre 1872, *Giur. tor.*, IX, 666; cass. Napoli, 7 marzo 1868, *Giur. it.*, XXI, I, 258.

(2) Casale, 24 aprile 1867, *Giur. it.*, XIX, II, 204; Bologna, 3 marzo 1890, *Riv. giur. Bol.*, XVIII, 308.

(3) V. su ciò e su questioni affini cass. Firenze, 20 maggio 1889, *Annali di giur. it.*, XXIII, I, I, 331.

(4) Il PISANELLI (*Commento al cod. di proc. civ. sardo*, giud. di purgazione, § 159, 160), ravvisava nella offerta un atto di semplice amministrazione non interdetto neppure al tutore senza bisogno del consiglio di famiglia.

(5) MATTIROLO, *Dir. giud.*, VI, 183; MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XXXVII, n. 10.

Quando l'acquisto è a titolo gratuito, e deve offrirsi il valore dichiarato, la questione non è neppure proponibile, perchè l'offerta ha gravi conseguenze, trattandosi di valutare quale è il giusto sacrifizio da incontrarsi per conservare il vantaggio della donazione; ma anco se l'acquisto è a titolo oneroso, ed il prezzo è dovuto in virtù di un atto regolarmente autorizzato al momento in cui fu contratta la relativa obbligazione, non ci sempra possibile escludere che per istituire il giudizio di purgazione occorra una nuova e speciale formalità abilitante, per le conseguenze a cui espone che si trova nella necessità di farlo. L'offerta è, come si è visto, irretrattabile e induce obbligazione di pagare immediatamente il prezzo ai creditori iscritti; espone a sostenere le spese del giudizio; dà luogo al rilascio forzato ove i creditori iscritti domandino l'esperimento dell'asta. Come può dirsi un atto di semplice amministrazione?

635. Ottenuto il decreto presidenziale, notificato l'atto di offerta nel termine di cui all'art. 2041 cod. civ., o nel termine fissato nel decreto secondo i casi, i creditori iscritti hanno alla loro volta un termine di giorni quaranta dalla notificazione ed inserzione di cui agli articoli 2043, 2044 dello stesso codice per determinarsi ad accettare il prezzo o il valore offerto, o a far vendere all'incanto l'immobile ipotecato (art. 2045 cod. civ.). In ciò sta appunto la realità del diritto d'ipoteca di fronte al terzo possessore. Avendo il creditore il diritto reale sull'immobile ipotecato, che si risolve in un diritto di prelazione sopra il suo prezzo, è in suo potere di procurare che questo sia il maggiore possibile, e in ogni caso non inferiore al giusto, onde conseguire, per quanto sia possibile, integrale pagamento del suo credito. Se il prezzo o il valore offerto rappresentano il vero corrispettivo dell'immobile ipotecato, non vi è ragione d'insorgere; ma se resulta che il terzo possessore fa una offerta che è suscettiva di aumento e che si risolverebbe, se accettata, in un'indebita lo-

cupletazione per lui e in un pregiudizio per i creditori iscritti, la legge porge a questi il modo di tutelare il proprio interesse.

I due casi meritano separato esame.

636. Si supponga in primo luogo che i creditori nel termine di giorni quaranta dalla notificazione ed inserzione sopra ricordate, termine che è perentorio ed improrogabile (art. 2047 cod. civ.), non ottemperino alle formalità stabilite dalla legge per fare vendere all' incanto l' immobile ipotecato. Il terzo possessore diventa, con la semplice decorrenza del termine, proprietario irrevocabile e i creditori non conservano altro diritto che quello di concorrere alla distribuzione del prezzo o del valore offerto secondo il loro grado (1).

Dispone infatti l' art. 2046 cod. civ.: « Se l' incanto non è « domandato nel tempo e nel modo voluti dal precedente articolo, « il valore dell' immobile rimane definitivamente stabilito nel prezzo « stipulato nel contratto o dichiarato dal nuovo proprietario. Lo « stesso immobile resta liberato dalle ipoteche relative ai crediti « che non possono venire soddisfatti col detto prezzo. Riguardo « alle altre ipoteche l' immobile ne è liberato a misura del pa« gamento dei creditori collocati o mediante deposito nei modi in« dicati dal codice civile ». A questo articolo fa riscontro, nel codice di procedura civile, la disposizione dell'articolo 739: « Quando « l' incanto non è domandato nel tempo e nel modo stabilito « dalla legge, le produzioni fatte dall' acquirente e dai creditori « iscritti continuano a restare depositate nella cancelleria, per « essere esaminate dagl' interessati, durante giorni quindici da « quello in cui il valore degl'immobili sia rimasto definitivamente « stabilito a norma dell' art. 2046 del codice civile. Decorso il « detto termine, il cancelliere deve, nei cinque giorni successivi,

---

(1) Torino, 9 giugno 1879, *Giur. tor.*, XVI, 677.

« consegnare al giudice delegato per la graduazione tutte le carte « relative alla medesima ».

Dal combinato disposto di questi articoli si argomenta pertanto che colla decorrenza del termine accordato ai creditori iscritti per la richiesta d'incanto il terzo possessore raggiunge il suo scopo, che è quello di liberare l'immobile ipotecato dalle ipoteche sul medesimo iscritte; liberazione immediata e incondizionale, per quelle che non trovano utile collocazione sul prezzo da lui offerto; subordinata alla condizione del pagamento, per quelle che ottengono, in tutto o in parte, utile collocazione.

Nel caso contemplato dai citati articoli si fa luogo adunque ad un vero e proprio giudizio di graduazione governato dalle norme ordinarie (art. 740 cod. proc. civ.) ed è al seguito di questo giudizio, e della relativa liquidazione, che il terzo possessore ottiene dal giudice delegato l'ordine di cancellazione delle ipoteche estinte, sia per mancata collocazione, sia per eseguito pagamento (art. 719 cod. proc. civ.).

637. Il valore dell'immobile rimane definitivamente stabilito con tutte le condizioni e con tutte le modalità che si leggono nel contratto di acquisto. Infatti se i creditori agiscono di fronte al terzo possessore per diritto proprio ed in virtù della loro ipoteca, e non come surrogati nei diritti dell'alienante, fino a che conservano il diritto di far vendere l'immobile e possono esercitarlo, la loro situazione giuridica viene ad essere sostanzialmente cambiata quando hanno perduto questo diritto. Accettando il prezzo offerto, o il valore dichiarato, vengono implicitamente ma necessariamente ad accettare anco le condizioni e le stipulazioni del contratto di acquisto, di cui è stata loro notificata, in ordine all'articolo 2043 cod. civ., la data e la natura. Ogni modalità ed ogni condizione di questo contratto, che diminuisce il prezzo di alienazione, non è più per essi una *res inter alios acta*: la legge porgeva loro il modo d'insorgere con la richiesta d'incanto: im-

putino a sè medesimi, se, non valendosi del relativo diritto, hanno rese ferme ed irretrattabili le condizioni stipulate col venditore.

Ciò armonizza pienamente con quello che dicevamo più sopra riguardo all'essere state poste le spese del contratto a carico del venditore. Dato che egli non le abbia pagate, ma le abbia anticipate il compratore, questi avrà diritto di prelevarle dal prezzo in distribuzione: lo stesso dicasi di ogni altra consimile modalità, come per esempio della detrazione del valore degli oneri reali che gravano il fondo. Il patto relativo stipulato nel contratto di acquisto non vincolava i creditori iscritti prima che decorresse il termine di cui all'art. 2045 cod. civ.; li vincola dopo che questo termine è decorso, perchè essi l'hanno tacitamente sanzionato con la loro inazione.

638. Veniamo al secondo caso che richiede più lungo discorso. Art. 2045: « Entro il termine di giorni quaranta dalla detta notificazione ed inserzione qualunque dei creditori iscritti o dei relativi fideiussori ha diritto di far vendere i beni all'incanto, « purchè adempia alle seguenti condizioni:

« 1. Che la richiesta sia per mezzo di usciere notificata al « nuovo proprietario nel domicilio da lui eletto come sopra e al « proprietario precedente;

« 2. Che contenga l'obbligazione del richiedente di aumentare o fare aumentare di un decimo il prezzo stipulato o dichiarato;

« 3. Che l'originale e le copie di tale richiesta siano sottoscritti dal richiedente, o dal suo procuratore munito di mandato « speciale;

« 4. Che il richiedente offra cauzione per una somma eguale « al quinto dell'intero prezzo aumentato come sopra;

« 5. Che la notificazione contenga citazione del nuovo e del « precedente proprietario a comparire dinanzi al tribunale perchè

« venga pronunziato sull' ammissibilità della cauzione e sulla ri-
« chiesta d' incanto.

« L' omissione di alcuna di queste condizioni produce nul-
« lità della richiesta ».

La materia è vasta e non possiamo costringerla entro troppo angusti confini.

Dovremo esaminare separatamente:

a) Da chi ed a chi deve essere fatta la richiesta d' incanto;

b) Entro qual termine;

c) Quale aumento deve essere arrecato al prezzo stipulato o dichiarato e in quali forme;

d) Quale è la garenzia di questo aumento;

e) Quale è il procedimento da seguire;

f) Quali gli effetti della richiesta secondo che acquirente è il terzo possessore o una persona diversa;

g) Quali gli effetti della desistenza del creditore richiedente.

639. *a*) Il diritto di richiedere l' incanto spetta in primo luogo a qualunque creditore iscritto sui beni che il terzo possessore si propone di liberare, avente ipoteca anteriore alla trascrizione del titolo di acquisto; anche a coloro che hanno una semplice ipoteca eventuale o condizionale, o una ipoteca di data così recente, preceduta da altre, da non lasciare speranza di ottenere, neppure con l' aumento, collocazione del proprio credito. Spetta del pari a coloro che hanno una prima ipoteca, e per conseguenza la certezza di essere collocati in grado utile, rimanendo ferma l'offerta notificata dal terzo possessore. La legge invero non distingue: l' asta riserba spesso non lievi sorprese, e prima della graduazione non si ha la certezza legale della collocazione ipotecaria, che può essere impedita da forti collocazioni privilegiate, o essere resa possibile da non previsti aumenti (1).

(1) MATTIROLO (*op. cit.*, VI, 407), osserva esservi tuttavia un creditore che non ha diritto di chiedere l' incanto quantunque iscritto: il creditore,

In una sentenza della cass. di Torino fu affermato il principio che « la richiesta d'incanto sui beni di una successione può « anche essere fatta dai creditori del defunto che abbiano iscritto « su quelli il diritto di separazione (1) » ; ma noi non crediamo questo principio meritevole di accoglienza. Il beneficio della separazione non è causa di prelazione, nè attribuisce al creditore o al legatario che se ne vale un diritto reale sui beni della eredità: il creditore conserva la sua qualità di creditore chirografario della eredità, garantito dalla separazione contro i creditori dell'erede; come può dirsi creditore iscritto nel senso dell'articolo 2045 cod. civ.?

640. In secondo luogo possono richiedere la vendita all'incanto i fideiussori del debito per sicurezza del quale sono iscritte le ipoteche prese di mira con la offerta del terzo possessore. Invero questi fideiussori hanno interesse che le ipoteche spieghino il loro effetto utile; se non lo spiegano, sono personalmente obbligati verso il creditore; se pagano, godono nel subingresso nelle sue iscrizioni; per questo il legislatore, con savio provvedimento,

---

cioè, che è iscritto per il prezzo di alienazione: « imperciocchè, dice questo « scrittore, egli è tenuto per la evizione verso il compratore, e d'altro canto « sarebbe assurdo lo accordargli un mezzo per provocare la risoluzione della « fatta vendita ». La soluzione è giusta, ma non lo è egualmente la ragione che se ne dà. L'acquirente libera il fondo dalle ipoteche iscritte contro il suo autore, non da quelle iscritte contro sè medesimo a favore del suo autore o di altri: per queste ultime egli è tenuto non solo ipotecariamente ma personalmente e la purgazione non è applicabile. Non è poi da accogliersi la opinione di Melucci (*op. cit.*, Lez. XXXIII, n. 4), il quale ritiene che il creditore iscritto, il quale è sicuro di conseguire pagamento col prezzo offerto, non può richiedere l'incanto. La legge parla di « *qualunque dei creditori iscritti* » e di fronte ad espressione così assoluta non è dato distinguere. D'altra parte troppe contestazioni si farebbero, se prevalesse questo principio, contestazioni che il legislatore ha voluto evitare.

(1) Sentenza del 5 maggio 1883, *Giur. tor.*, XX, 629.

ha esteso a loro vantaggio la facoltà di cui è parola nell'art. 2045 cod. civ. (1).

Diciamo savio il provvedimento, perchè il fideiussore ha interesse che il creditore trovi sull'immobile ipotecato dal debitore principale la più larga collocazione possibile, essendo responsabile di ogni deficienza nei limiti della contratta obbligazione (2).

Il fideiussore, pagando il credito da lui garentito e ottenendo la surrogazione nella di lui ipoteca, diviene creditore iscritto; ma anche prima di pagare e di divenirlo la legge gli concede la facoltà di tutelare con la richiesta d'incanto il proprio interesse.

Creditori iscritti, lo diciamo qui per l'analogia dei casi, sono ancora il cessionario, e colui che ha pagato con surrogazione legale o convenzionale fuori del caso sopra indicato. Anch'essi possono per conseguenza domandare l'esperimento dell'asta, purchè abbiano eseguito l'annotazione della relativa iscrizione a norma dell'art. 1994 cod. civ. Per quanto tale formalità sia facoltativa, non obbligatoria, è in forza di essa che possono farsi riconoscere come creditori iscritti dal nuovo e dal precedente proprietario contro dei quali devono promuovere la domanda, e in questo senso si rende necessario l'adempimento di quella formalità.

Che dire di colui che ha ottenuto in pegno il credito ed ha annotato la relativa iscrizione? Evidentemente egli pure può esercitare la facoltà di cui all'art. 2045 cod. civ. surrogandosi al suo creditore, che è creditore iscritto, in virtù del principio generale contenuto nell'art. 1234 cod. civ.

641. Tutti coloro che possono richiedere l'incanto, devono

---

(1) Il codice francese, art. 2185, parla soltanto dei creditori iscritti, non dei fideiussori. Lo stesso è da dire del cod. napoletano, art. 2084; del cod. parmense, art. 2224; del cod. albertino, art. 2308; del Regolam. pontificio, art. 209; della legge toscana, art. 159. La estensione al fideiussore è dovuta al cod. estense, 2223.

(2) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXVIII, n. 6.

avere, per farlo liberamente, piena capacità di obbligarsi; se ne fossero privi, non potrebbero dispensarsi dal far precedere le autorizzazioni o le altre forme abilitanti rese necessarie dalla particolare condizione d'incapacità nella quale si trovano.

In questo senso è stato deciso che i minorenni non possono fare la proposta di rincaro di cui all'art. 2045 cod. civ. senza che il loro genitore o tutore sia debitamente autorizzato dal tribunale o dal consiglio di famiglia ai sensi degli articoli 224, 296 cod. civ. (1), e dovrebbe egualmente ritenersi che la donna maritata non potrebbe richiedere l'incanto senza l'autorizzazione del marito, che l'inabilitato e il minore emancipato non potrebbero richiederlo senza l'assistenza del curatore.

Invero si tratta di atto che di gran lunga eccede i limiti della ordinaria amministrazione, perchè chi lo compie assume gravi obbligazioni, non scevre di pericolo. Dovendo essere data la cauzione, noi riteniamo ancora che le deliberazioni del consiglio di famiglia autorizzanti il tutore sarebbero soggette alla omologazione del tribunale secondo l'art. 301 cod. civ.

Il difetto di capacità, e delle forme abilitanti che valgono a sanarlo, potrebbe essere dedotto dal nuovo e dall'antico proprietario interessati a evitare un incanto che potrebbe risolversi in nulla per la invalidità della richiesta relativa.

In questo senso fu deciso che oppostosi nel giudizio di purgazione che il richiedente l'incanto non ha veste legittima (in ispecie perchè si presentava in rappresentanza di un ente che non aveva esistenza giuridica, o perchè faceva valere un credito legato o donato all'ente senza che l'accettazione del legato o della donazione fosse stata autorizzata dal governo), la questione deve essere risoluta nello stesso giudizio di graduazione, prima di decidere sulla ammissibilità della cauzione e sulla richiesta d'in-

(1) Trib. Roma, 2 luglio 1897, *Legge*, 1897, II, 523.

canto, e non può essere rinviata al successivo giudizio di graduazione (1).

Per quanto le nullità derivanti dal difetto di capacità siano relative, non assolute, e non possano per conseguenza essere dedotte se non da coloro nel cui vantaggio sono stabilite, o dai loro eredi o aventi causa (art. 137, 1107 cod. civ.), il difetto di capacità può essere preventivamente eccepito da qualunque interessato, ognuno avendo il diritto di avere di fronte un legittimo contradittore.

Dichiarata inammissibile la richiesta d'incanto fatta dall'incapace, per difetto delle autorizzazioni necessarie, la richiesta stessa non potrebbe essere rinnovata stante la perentorietà e improrogabilità dei termini proclamate dall'art. 2047 cod. civ. Al rinnovamento della richiesta osterebbe il diritto quesito del terzo possessore a dedurre, appunto per la decorrenza dei termini, la sopravvenuta irrevocabilità del suo titolo d'acquisto.

642. La richiesta deve essere fatta al nuovo e al precedente proprietario mediante notificazione, quanto al primo, al domicilio da lui eletto nella notificazione di cui agli articoli 2043, 2044 codice civile (2), quanto al secondo al domicilio reale, a meno che non avesse eletto uno speciale domicilio nell'atto di vendita (3).

Una notificazione fatta al domicilio reale del nuovo proprietario, anzichè al domicilio eletto, ai sensi dell'art. 2044, sarebbe irremissibilmente nulla, e la nullità non sarebbe sanata dalla comparsa in giudizio, quando questa avesse per oggetto di dedurla e di far dichiarare inammissibile la richiesta d'incanto per questo speciale motivo (4). Il contrario dovrebbe decidersi se la notifica-

(1) Cass. Torino, 11 marzo 1884, *Giur. tor.*, XXI, 358.

(2) Cass. Firenze, 26 decembre 1870, *Annali di giur. it.*, IV, I, 1, 415.

(3) Cass. Roma, 9 marzo 1888, *Giur. it.*, 1888, I, 354. Contro, la sentenza cassata: Bologna, 4 febbraio 1887, *Giur. it.*, 1887, I, II, 158.

(4) Casale, 11 luglio 1885, *Giur. casal.*, V, 343.

zione fosse stata fatta al domicilio reale, o alla residenza, in persona propria: scopo della notificazione è il far conoscere alla persona a cui la notificazione è diretta il contenuto dell'atto notificato: or quale prova migliore nella conoscenza di un atto, dell'averlo l'usciere consegnato nelle mani stesse della persona a cui è diretto? Diciamo ciò con convinzione profonda, ma non siamo egualmente convinti dell'accoglienza di questa opinione nostra per parte dei tribunali, quando si verificasse il caso pratico, perchè la giurisprudenza tende in questa materia al rigorismo (1).

Una sola decisione si allontana da questo rigore, dichiarando non essere contrario alla legge il mandato che nell'atto stesso di compra-vendita d'immobili il compratore conferisce al venditore per istituire per lui il giudizio di purgazione, e che in tal caso una sola notificazione di richiesta d'incanto vale per ambedue (2).

Se l'immobile sia successivamente passato in più mani, a tutti i successivi proprietari deve esser fatta la notificazione; così pure se il debito fosse di uno, e il fondo ipotecato di un altro, che avesse dato garenzia pel debito altrui, l'uno e l'altro non dovrebbero trascurarsi (3).

643. *b*) Il termine per proporre la richiesta d'incanto è di quaranta giorni dalla notificazione ed inserzione di cui agli articoli 2043 e 3044. Dato che notificazione ed inserzione siano fatte nel medesimo giorno, la interpretazione di questa parte dell'articolo 2045 cod. civ. non presenta difficoltà. Ma se fossero fatte in

---

(1) Firenze, 27 aprile 1872, *Annali di giur. it.*, VII, II, 178; Casale, 16 marzo 1869, *Annali cit.*, III, II, 555. In questa ultima decisione fu ritenuto persino che il nuovo proprietario, per evitare l'incanto, può dedurre la nullità, non solo dalla notificazione fatta a lui, ma ancora dalla notificazione fatta al proprietario antecedente, lo che ci sembra per vero dire eccessivo, perchè ognuno ha in questa speciale situazione giuridica interessi proprii nettamente separati e distinti da quelli dell'altro.

(2) Cass. Torino, 17 agosto 1896, *Giur. tor.*, XXIII, 568.

(3) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXVIII, n. 8.

giorni differenti, da quando il termine incomincerebbe a decorrere? Vi sono decisioni che hanno detto che decorre dalla inserzione e non dalla notificazione (1), ma ve ne sono altre anche nel senso opposto (2): noi propendiamo per la prima soluzione, perchè la inserzione riassume ed unifica tutte le notificazioni che possono essere state fatte anteriormente in giorni diversi, quando i creditori siano più, e abbiano domicilio in più luoghi; e perchè d'altronde in questo modo si ha un solo termine per tutti, essendo pericoloso e poco dicevole che i creditori notificati in giorni diversi abbiano un termine speciale a ciascuno (3).

Nei quaranta giorni non solo deve essere fatta la richiesta d'incanto, ma deve essere ottemperato a tutte le formalità prescritte dall'art. 2045 cod. civ. a pena di decadenza. La mancanza di notificazione dipesa dall'avere l'usciere dichiarato irreperibile la persona alla quale doveva esser fatta, non darebbe diritto a rinnovarla dopo decorso il termine, perchè non siamo nel caso di notificazione irregolare, e perciò sanabile, ma bensì di difetto assoluto di notificazione (4).

Però non potrebbe dirsi decorso il termine per quel creditore iscritto al quale non fosse stato regolarmente notificato l'atto di offerta di cui all'art. 2043 cod. civ., come se il terzo possessore, credendo minore di età un creditore che invece era maggiorenne, avesse fatto notificare l'offerta al padre di lui, che non aveva, o aveva ormai perduto, la sua legale rappresentanza. Que-

---

(1) Torino, 4 aprile 1873, *Annali di giur. it.*, VII, 224.

(2) Modena, 9 aprile 1879, *Riv. leg.*, 1879, 273.

(3) Che il termine decorra dalla inserzione lo ritiene anche il MELUCCI, *op.* e *loc. cit.* Se i termini fossero diversi per i singoli creditori potrebbe avvenire che uno di essi non facesse la richiesta d'incanto fidando negli altri: scaduto per lui il termine, e omesso dagli altri di farla, il danno sarebbe irreparabile.

(4) Casale, 17 marzo 1868, *Giur. it.*, XX, II, 231.

sto creditore, non legalmente notificato, potrebbe validamente richiedere l'incanto anche dopo decorso il termine di quaranta giorni da questa illegale notificazione (1).

Le mutazioni nel possesso del credito, o nello stato del creditore, però non sono attendibili, ove non resultino da regolare annotazione in margine alla iscrizione ipotecaria, alla quale soltanto l'acquirente che istituisce il giudizio di purgazione è tenuto a uniformarsi.

644. *c*) L'aumento che deve essere arrecato al prezzo stipulato, o al valore dichiarato, è fissato dalla legge nella misura del decimo, e va calcolato sulla somma effettivamente offerta dal terzo acquirente, la quale avrebbe formato oggetto di distribuzione se l'acquisto fosse per difetto di aumento divenuto definitivo (2); non si deve per conseguenza tener conto degli interessi (3), nè delle spese contrattuali (4).

L' aumento voluto dalla legge è, come si vede, assai considerevole affinchè per puro capriccio, e senza reale vantaggio dei creditori iscritti, non si tenga in sospeso la proprietà e non si aumentino le spese, che sono di regola a carico dell' aggiudicatario all' incanto, ma possono anche essere poste a carico della massa, in modo che l' aumento, se minimo, cagionerebbe un danno, anzichè un vantaggio, al ceto creditorio (5).

Il creditore iscritto può assumere personalmente l'obbligo di aumentare di un decimo il prezzo o valore offerto dal terzo pos-

---

(1) Roma, 16 luglio 1886, *Temi rom.*, VII, 20.

(2) Napoli, 23 aprile 1869, *Annali di giur. it.*, III, II, 283.

(3) Cass. Napoli, 25 novembre 1873, *Giur. it.*, XXX, I, 794.

(4) Trib. Salerno, 14 luglio 1876, *Gazz. proc.*, XI, 322. Fu escluso in questa decisione che il decimo dovesse valutarsi sulle spese di contratto e sul compenso fissato all' avvocato che aveva diretto la contrattazione: del che male si comprende come si potesse disputare.

(5) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 123.

sessore, ma anco assumere l' obbligo di farlo aumentare da altri, senza che occorra un atto sottoscritto da chi farà l' aumento: è sempre il creditore richiedente che assume la obbligazione e che risponde dell' inadempimento di essa con la cauzione di cui parleremo al numero seguente. Per questo la legge vuole che l'atto di richiesta sia sottoscritto dal creditore richiedente o dal suo procuratore munito di procura speciale: un semplice mandato alla lite non sarebbe sufficiente, nè la richiesta sottoscritta da un consimile mandatario sarebbe attendibile.

L' offerta del decimo di aumento non è definitiva e non ha altro effetto che quello di far luogo all' esperimento dell'asta: se però l'asta resulta deserta e non si presentano maggiori offerenti, l'immobile è aggiudicato al creditore che ha fatto il rincaro o alla persona da lui designata (1).

645. *d*) Onde garantire la serietà della richiesta il creditore è tenuto a dare cauzione per una somma eguale al quinto dell' intero prezzo aumentato del decimo (2). Nell' atto da notificarsi però, la cauzione deve essere semplicemente offerta, non prestata (3), e può anche essere offerta con formula alternativa, per esempio con ipoteca o in numerario (4), perchè dell' ammissibilità della cauzione giudica il tribunale alla udienza alla quale sono citati il nuovo e il precedente proprietario per sentire statuire sulla richiesta fatta (5).

---

(1) Art. 736 cod. proc. civ. — MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XXXVIII, n. 8.

(2) L' obbligo della cauzione aveva una estensione esagerata nei precedenti codici, in quanto era richiesta per l' intero prezzo aumentato e per le spese. Cod. francese, art. 2185; cod. albertino, art. 2308 ecc. Era lo stesso che rendere nella massima parte dei casi impossibile la richiesta del creditore. V. su ciò MATTIROLO, *Dir. giud.*, VI, 409.

(3) Cass. Torino, 28 luglio 1878, *Giur. tor.*, XV, 620.

(4) Modena, 9 aprile 1879, *Riv. leg.*, 1879, 277.

(5) In questo senso decise recentemente il Tribunale di Roma che il momento giuridico al quale deve aversi riguardo per determinare l' idoneità

L'offerta di cui è parola nell'art. 2045, n. 4, non è dunque una offerta reale; è una offerta semplice, alla quale deve poi tener dietro la prestazione effettiva della cauzione all'udienza per la quale è trasmessa la citazione (1). Infatti l'art. 731 cod. proc. civ. dispone: « Quando la richiesta d'incanto sia ammessa dal tri« bunale, la cauzione è data e l'atto ne è ricevuto in conformità « della sezione VI, capo I, titolo IV del libro primo, nel termine « di giorni dieci dalla notificazione della sentenza che ammise « l'incanto. Se la cauzione sia data con ipoteca, il cancelliere « deve, nel termine di giorni cinque, far procedere alla relativa « iscrizione, trasmettendone nel detto termine le note all'uffizio « delle ipoteche, sotto pena di multa estendibile a lire mille e « risarcimento dei danni ».

La cauzione deve essere eguale al quinto del prezzo o valore offerto dal terzo possessore aumentato del decimo; non si computano gl'interessi (2), nè può tenersi conto del prezzo delle stime esistenti nel fondo, sebbene il compratore le avesse acquistate e pagate (3).

La cauzione può consistere in una fideiussione ai sensi degli articoli 1921, 1922 cod. civ. prestata nelle forme dichiarate nell'art. 329 cod. proc. civ.; ma può essere anche prestata mediante ipoteca, come resulta dal citato art. 731 dello stesso codice, o mediante deposito di danaro o rendita sul debito pubblico dello Stato al portatore al valore nominale (art. 330 cod. proc. civ.) con questo però, che se il valore nominale è superiore al valore di borsa, si fa

---

della cauzione non è quello della citazione in giudizio, ma quello in cui il tribunale deve giudicare (2 luglio 1897, *Legge*, 1897, II, 523).

(1) Cass. Napoli, 20 gennaio 1885, *Legge*, XXI, II, 123.

(2) Cass. Napoli, 25 novembre 1873, *Giur. it.*, XXV, I, 794.

(3) Cass. Firenze, 24 luglio 1876, *Annali di giur. it.*, XI, I, I, 97.

sulla cauzione l'aumento concordato dalle parti in difetto stabilito dall'autorità giudiziaria (art. 330 capov. cod. proc. civ.) (1).

Non è poi necessario che la richiesta sia accompagnata dal deposito in cancelleria delle spese occorrenti per l'incanto: la legge non lo prescrive; e le spese, qualora il creditore rincarante non adempia alle sue obbligazioni, si prelevano dalla cauzione (2).

Sopravvenendo nella cauzione offerta ed approvata una sostanziale mutazione che la renda disadatta allo scopo, specialmente se a ciò non sia estraneo il modo di agire di colui che l'ha prestata, il terzo possessore che ha istituito il giudizio di purgazione potrebbe costringere il creditore rincarante a prestare un supplemento e in difetto far dichiarare la nullità del proposto rincaro (3).

646. Scopo della cauzione è, come sopra fu osservato, il garantire la serietà della richiesta. Se infatti il creditore richiedente l'incanto rimanesse aggiudicatario, per mancanza di migliori offerenti, e poi non pagasse, dall'aumento deriverebbe un danno, anzichè un vantaggio a tutti gli interessati: si dovrebbe proce-

(1) Torino, 6 ottobre 1891, *Giur. tor.*, XXIX, 124. Non può però essere data per via di surrogazione in una ipoteca spettante al richiedente contro un terzo, perchè gli articoli 329, 330 cod. proc. civ. non ammettono questo modo di cauzione (Stessa decisione).

(2) Cass. Firenze, 12 marzo 1888, *Giur. it.*, 1888, I, 1, 192; Venezia, 17 giugno 1887, *Giur. it.*, 1887, I, II, 433. Queste decisioni, giuste in sè stesse, furono rese in una specie di fatto nella quale non era necessario proclamare la massima relativa. Il cancelliere aveva sottratto il deposito e si voleva dall'interessato far ricadere la responsabilità sullo Stato in ordine all'art. 1153 cod. civ. Per escludere tale responsabilità si disse nella decisione della corte di appello, confermata dalla cassazione, che il deposito non era necessario, ma facoltativo: bastava dire che lo Stato non era responsabile della sottrazione, neppure se il deposito avesse avuto carattere obbligatorio, per i principii generali che governano la materia (V. su ciò PACIFICI-MAZZONI, *Rep. gen.* Terzo supplemento, V. *Danni-responsabilità*, 133).

(3) Lucca, 30 luglio 1868, *Annali di giur. it.*, II, II, 533.

dere alla rivendita in suo pregiudizio e l'immobile potrebbe essere venduto ad un prezzo minore: la differenza, che si risolverebbe in tal caso in una perdita del ceto creditorio, sarebbe prelevata dalla cauzione unitamente alle spese (1).

Se però l'incanto ha per effetto l'aggiudicazione definitiva a favore di persona diversa dal creditore che ha fatta la richiesta, egli ha diritto alla restituzione della cauzione nella sua integrità.

647. *e*) Riguardo al procedimento da seguirsi, alla disposizione dell'art. 2045, n. 5 cod. civ. è da aggiungere, in primo luogo, la disposizione dell'art. 730 del codice di rito: « La richie« sta dell'incanto fatta dal creditore o fideiussore a norma del« l'art. 2045 del codice civile deve contenere: 1° la citazione del « nuovo e del precedente proprietario a comparire all'udienza « del tribunale nel termine non minore di dieci giorni, nè mag« giore di quindici; 2° l'offerta in comunicazione dei documenti « provanti la idoneità della cauzione proposta a' termini dello stesso « art. 2045 del codice civile ».

La citazione è governata dalle norme generali stabilite per simile specie di atti dal titolo III, capo I del libro primo del codice di procedura civile (2); più volte è stato deciso però che il termine massimo di giorni quindici non è di rigore, e che per conseguenza l'atto di citazione non è nullo per essere stato assegnato a comparire un termine più lungo (3); ed è stato deciso ancora che al caso non è applicabile l'art. 148 cod. proc. civ. e che per conseguenza i termini di cui è parola non vanno soggetti ad aumento in ragione delle distanze (4).

---

(1) MELUCCI, *op.* e *loc. cit.*

(2) Cass. Firenze, 29 decembre 1870, *Annali di giur. it.*, IV, I, I, 373.

(3) Roma, 16 luglio 1886, *Temi rom.*, VII, 21; Cass. Roma, 14 aprile 1887, *Foro it.*, XII, I, 513; Torino, 4 ottobre 1885, *Giur. tor.*, 1895, 811.

(4) Casale, 16 marzo 1869, *Annali di giur. it.*, III, II, 555.

Ammessa la richiesta d' incanto, e dichiarata idonea la cauzione, il tribunale deve con la stessa sentenza rinviare le parti davanti il presidente per la destinazione del giorno dell'incanto e ordinare al cancelliere la formazione del bando (art. 723 cod. proc. civ.), che deve contenere le indicazioni conformi alla sua indole ed al suo scopo e deve essere notificato, pubblicato ed affisso come il bando per vendita coatta di cui all'art. 668 cod. proc. civ. (art. 733 cod. proc. civ.).

La sentenza che ordina l'incanto deve inoltre essere annotata per cura dell' istante in margine alla trascrizione del titolo di acquisto (art. 732 capov. cod. proc. civ.).

Ai casi di non comparsa del richiedente all' udienza per la quale ha trasmesso la citazione, di non ammissione della cauzione, o di mancata prestazione della cauzione ammessa, provvede l' articolo 734 del codice citato, dichiarando nulla la richiesta d' incanto, senza pregiudizio delle ragioni di altri creditori che avessero fatto altra richiesta, i quali hanno diritto che si proceda sulla loro domanda senza bisogno d' iscrivere a ruolo la prima causa e di domandare la surroga (1). Se poi, ottenuta la sentenza e prestata la cauzione, il creditore richiedente trascurasse di proseguire il giudizio, qualunque creditore iscritto e anche il terzo possessore che aveva istituito il giudizio di purgazione possono domandare di essergli surrogati, e la vendita ha luogo a sue spese ed a suo rischio, restando ferma la sua cauzione (art. 735 cod. proc. civ.).

I citati articoli del codice di rito sono richiamati dall' art. 2048 cod. civ. che dispone nel modo seguente: « Essendovi richie-« sta di vendita all' incanto, si osservano per gli atti prepara-« torii e per la vendita le forme stabilite dalle leggi di procedura « civile ».

648. Un principio generale che domina questa importante

---

(1) Cass. Napoli, 7 settembre 1886, *Legge*, 1887, I, 453.

materia, dove ad ogni passo il legislatore commina decadenze e nullità, è il seguente, che la inosservanza delle forme prescritte, per quanto sia cagione appunto di decadenza o di nullità, non può essere dedotta se non da coloro nel cui interesse la formalità omessa è stabilita; fu giustamente osservato in questo senso, che nel giudizio di purgazione sono in giuoco interessi privati, e che per conseguenza è di privato interesse anco la nullità degli atti relativi. Gli altri creditori, a modo di esempio, non richiedenti la vendita, non potrebbero opporre la nullità della richiesta per non essere stata notificata al nuovo e al precedente proprietario, quando costoro non la eccepissero ed anzi dimostrassero con la loro comparsa in giudizio di volerla sanare; nè d'altra parte la irregolarità degli atti potrebbe essere dedotta dallo stesso richiedente l'incanto che vi avesse dato causa e che poi, pentitosi, volesse andar contro all'operato proprio per sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni assunte (1).

In questo senso fu deciso che il terzo acquirente di uno stabile che abbia istituito il giudizio di purgazione non può impedire a un creditore iscritto di fare l'aumento di richiedere l'incanto con l'opporgli eccezioni estintive del credito o della ipoteca; queste eccezioni spetterebbero soltanto al debitore, cioè al proprietario precedente, e troverebbero poi, non in questo stadio del giudizio, ma nello stadio successivo della graduazione, acconcia sede (2).

649. *f*) Per ciò che attiene agli effetti della richiesta d'incanto, e dell'aggiudicazione che ha luogo in seguito alla richiesta stessa, occorre distinguere secondo che aggiudicatario è lo stesso acquirente che aveva istituito il giudizio di purgazione, o una persona diversa da lui.

---

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXVIII, n. 9.

(2) Bologna, 12 marzo 1887, *Riv. giur. bol.*, XVI, 120.

Se aggiudicatario è lo stesso acquirente, il cui acquisto diventa per effetto dell'aggiudicazione definitivo e irrevocabile, salvo l'aumento del sesto che non è escluso dallo speciale procedimento di cui si tratta (1), non ha luogo una nuova trasmissione di proprietà, ma una semplice conferma della trasmissione precedentemente avvenuta: per questo l'aggiudicatario non è tenuto a far trascrivere la sentenza di aggiudicazione, avendo già trascritto il precedente titolo di acquisto (art. 2050 cod. civ.). La liberazione dell'immobile dalle ipoteche che lo gravano ha luogo in tal caso nelle forme dell'art. 2046 cod. civ., come se la richiesta d'incanto non fosse avvenuta (2) e fosse rimasta ferma la offerta del prezzo fatta dal terzo possessore (art. 2050 capov. cod. civ.). Però l'acquirente che si è reso aggiudicatario ha dovuto soggiacere al pagamento di un prezzo maggiore di quello da lui offerto; per questa eccedenza, e per gl'interessi della eccedenza medesima dal giorno di ciascun pagamento, egli ha regresso contro il creditore (art. 2052 cod. civ.).

Questo regresso però non sarebbe ammissibile se si trattasse di acquirente a titolo gratuito; egli era tenuto a dichiarare il valore e a farne la offerta: ma fatto l'aumento da un creditore iscritto, era liberato dalle conseguenze della offerta fatta e nessun legittimo interesse giustificherebbe in tal caso, se gli fosse poi piaciuto di rendersi aggiudicatario, un regresso contro il suo autore.

Lo stesso se fosse stata stipulata la condizione risolutiva della vendita in caso di aumento. Ciò fu deciso dalla cassazione napoletana in una singolare specie di fatto che è utile conoscere. In

---

(1) Napoli, 18 novembre 1873, *Gazz. proc.*, VIII, 538.

(2) Osserva opportunamente il Melucci (*op. cit.*, Lez. XXXIX, n. 7), che in questo caso speciale la collocazione dei creditori iscritti contro il terzo possessore non potrebbe aver luogo, mentre l'immobile a lui aggiudicato resta liberato con loro vantaggio.

un contratto di vendita, il venditore era stato cauto di stipulare che al sopravvenire di una richiesta d'incanto la vendita dovesse aversi per risoluta (1). Istituito il giudizio di purgazione, e sopravvenuta la richiesta di un creditore, la vendita doveva aversi per risoluta e doveva cessare il giudizio di purgazione. Se invece il compratore avesse persistito, e si fosse poi reso aggiudicatario per un prezzo maggiore, ninno avrebbe potuto legittimamente accordargli il regresso per la eccedenza contro il venditore.

650. Se aggiudicatario definitivo si rende una persona diversa dal terzo possessore, provvede l'art. 2049 cod. civ.: « Il compratore « all'incanto, oltre al pagamento del prezzo di acquisto e di ogni re- « lativa spesa, è obbligato a rimborsare l'anteriore acquirente delle « spese del contratto, della trascrizione, dell'iscrizione voluta dal- « l'art. 2042, dei certificati del conservatore e della inserzione. Sono « parimente a carico dello stesso compratore le spese fatte per ot- « tenere l'incanto ».

Questi rimborsi e queste spese si risolvono dunque in un aumento del prezzo di aggiudicazione, del quale aumento deve tener conto chi si rende offerente all' incanto nel moderare la sua offerta.

Il terzo possessore deve indubbiamente essere rimborsato di quanto ha dovuto spendere per l' acquisto di cui è rimasto privato per l'aumento fatto, e delle spese del giudizio di purgazione che hanno procurato ai creditori il vantaggio dell'aumento stesso: l'aver egli acquistato un immobile gravato d' ipoteche, non è circostanza che possa esporlo a perdita, dal momento che ha offerto il prezzo o il valore dichiarato a forma di legge. In contrario non potrebbe dirsi che egli è responsabile per avere tentato di fare un guadagno in pregiudizio dei creditori, stipulando un prezzo inferiore al giusto, o non dichiarando un adequato valore: i creditori sono protetti, di fronte ad eventualità siffatta, dal diritto di rincaro.

(1) Cass. Napoli, 20 gennaio 1881, *Legge,* XXI, II, 123.

ed è il caso di dire che il terzo possessore « *suum negotium gessit, nihil dolo fecit, non decipiendus est* ».

651. Che dire del caso in cui le spese di contratto fossero state poste per patto di contratto a carico del venditore? Se questi le avesse effettivamente anticipate al momento in cui furono fatte, o le avesse successivamente rimborsate al terzo possessore, è evidente che il rimborso di cui all'art. 2049 cod. civ. per questa parte non sarebbe dovuto. Ma se per patto contrattuale il compratore le avesse prelevate dal prezzo di acquisto sarebbe egualmente autorizzato a prelevarle l'aggiudicatario dal prezzo di aggiudicazione, o dovrebbe invece rimborsarle in aumento di questo prezzo?

L'art. 2049 cod. civ. dichiara in termini assoluti che il compratore all'incanto è tenuto a rimborsare l'anteriore acquirente delle spese del suo contratto, e non distingue: e appunto perchè la dichiarazione è fatta in termini così assoluti, e senza distinguere, la corte di cassazione di Napoli escluse, nel caso di cui si tratta, il diritto alla prelevazione (1).

Noi riteniamo che la soluzione debba essere diversa. Se il compratore aveva diritto di prelevare le spese contrattuali dal prezzo del suo acquisto, l'aggiudicatario deve, a parer nostro, avere il corrispondente diritto di prelevare il rimborso che è tenuto a farne dal prezzo di aggiudicazione. I due termini sono correlativi e il ceto creditorio, accolta la decisione contraria, consegue un ingiusto arricchimento in danno del compratore. Si supponga infatti che 100 fosse il prezzo e 10 le spese contrattuali che il compratore aveva diritto di prelevare dal prezzo, secondo il patto stipulato col venditore: il prezzo in realtà in tal caso era 90, non 100, e 90 il compratore aveva diritto di offrire; se un venditore ha fatto l'aumento del 10 per cento ed ha avuto luogo l'aggiudicazione, poniamo con altri 5 di aumento, cioè per

(1) Cass. Napoli, 6 novembre 1885, *Legge*, XXVI, I, 410.

115, l'aggiudicatario ha diritto di prelevare dai 115 i 10 delle spese che deve rimborsare al primo compratore. I creditori, ai quali erano stati offerti 90, hanno diritto ad aumento di 15, e non più: ammessa invece la soluzione contraria, l'aumento sarebbe di 25, sarebbe cioè superiore di 10 a quello al quale pel fatto aumento avevano realmente diritto.

In questa opinione ci conforta il principio sancito dalla giurisprudenza, che l'acquirente di uno stabile venduto all'asta in procedura di purgazione succede nei diritti resultanti a favore del proprietario antecedente dal suo contratto di acquisto, nè più nè meno che se fosse un diretto cessionario (1).

652. Anco se l'aggiudicazione avviene a favore del creditore rincarante o di un terzo, l'acquirente che ha istituito il giudizio di purgazione dell'immobile ipotecato ne conserva la proprietà fino all'aggiudicazione; la facoltà di far nominare all'immobile un amministratore gli è concessa soltanto in caso di rilascio (articolo 2019 cod. civ.): e d'altronde anco se per lo stato di abbandono in cui egli lasciasse l'immobile si rendesse necessaria la nomina di un amministratore, sulle istanze dei creditori o del proprietario precedente, l'acquirente non ne perderebbe per questo la proprietà, perchè la vendita all'asta si compie anche in questo caso in di lui confronto (2).

Da questa premessa derivano importanti conseguenze, alcune favorevoli, altre contrarie al terzo possessore.

Fra le conseguenze favorevoli è da collocare anzi tutto questa, che l'eccedenza di prezzo verificatasi in forza dell'aggiudicazione, soddisfatti che siano i creditori iscritti, non è devoluta nè al proprietario precedente, nè ai suoi creditori chirografari, ma è devoluta invece al terzo possessore (3). È da collocare in se-

---

(1) Cass. Torino, 25 febbraio 1866, *Annali di giur. it.*, 1, I, I, 19.

(2) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXIX, n. 4.

(3) Modena, 5 febbraio 1887, *Legge*, 1887, II, 588.

condo luogo l'altra, che il terzo possessore ha diritto di far separare dal prezzo la parte corrispondente ai miglioramenti da esso fatti dopo la trascrizione del suo titolo, sino a concorrenza della somma minore che resulterà tra lo speso e il migliorato a tempo dell'aggiudicazione. La legge invero gli attribuisce questo diritto nel caso di rilascio, o di vendita all'incanto promossa dal creditore per non avere egli pagato o rilasciato l'immobile (art. 2020 capov. cod. civ.); ma non è il caso di distinguere, nè l'avere istituito il giudizio di purgazione può peggiorare la sua situazione a questo riguardo. È poi da collocare fra le conseguenze favorevoli al terzo possessore l'applicazione dell'art. 2017 cod. civ. pel quale rivivono a suo favore, dopo la vendita all'incanto la servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali come gli spettavano prima del suo acquisto.

Esamineremo a suo luogo le due importanti disposizioni di legge qui ricordate unicamente per dire che per quanto dettate pel caso del rilascio, o della vendita all'incanto, sono applicabili *a fortiori* (1) o per lo meno *a paritate rationis*, al caso della purgazione susseguita da rincaro (2).

Conseguenza sfavorevole della premessa suesposta, che il terzo possessore conserva, non ostante il giudizio di purgazione da lui istituito, e non ostante la richiesta d'incanto, la proprietà dell'immobile fino a che questo non venga definitivamente aggiudicato a favore altrui, è l'essere egli tenuto a risarcire i danni cagionati all'immobile per sua grave colpa in pregiudizio dei cre-

---

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXIX, n. 6, 7.

(2) Non osta la sentenza della Cass. di Torino (30 marzo 1880, *Foro it.*, V, I, 499) in quanto sancì la massima che « colui che è rimasto deliberatario di un fondo in seguito a giudizio di purgazione non è tenuto a rimborsare l' acquirente delle spese fatte per miglioramenti ». Il diritto infatti non è di rimborso dall' aggiudicatario, ma di separazione dal prezzo di aggiudicazione.

ditori iscritti (articolo 2020 cod. civ.); a cui è da aggiungere, che per i miglioramenti fatti non gli spetta, per lo stesso articolo 2020 cod. civ., diritto di ritenzione.

Altra conseguenza sfavorevole, da ricordarsi in questa sede si è quella che i creditori iscritti contro l'aggiudicatario avrebbero diritto di essere collocati sulla eccedenza di sua esclusiva spettanza.

653. *g*) Riguardo finalmente alla desistenza del creditore che ha richiesto l'incanto statuisce l'art. 2051 cod. civ.: « La desi« stenza del creditore che ha richiesto l'incanto non può im« pedire la subastazione, quantunque egli pagasse l'importare « dell'asserto aumento, eccetto che alla desistenza espressamente « annuissero tutti gli altri creditori iscritti ». La richiesta d'incanto, diritto individuale di libero esercizio di ciascun creditore, promossa da uno di essi, giova agli altri; per questo la desistenza non è ammessa senza il loro espresso ed unanime consenso, imperocchè essi non potrebbero, per la decorrenza dei termini, usare dello stesso diritto del quale non hanno fatto uso perchè il creditore che ora vorrebbe desistere aveva provveduto al comune interesse. A questa ipotesi si attaglia la già ricordata disposizione dell'art. 735 cod. proc. civ. concernente appunto il caso della speciale surroga spettante a qualunque creditore iscritto od al nuovo proprietario nel giudizio di purgazione. Il pagamento dell'aumento offerto non abiliterebbe il creditore istante a desistere, perchè egli non può privare con tale pagamento gli altri creditori del maggior utile che dallo esperimento dell' asta può derivare a loro favore. Lo abilita soltanto il consenso di tutti i creditori iscritti, al quale non è da aggiungere quello del terzo possessore, per quanto possa ancor egli domandare la surroga, perchè non richiesto dalla legge (1).

---

(1) Sulle ragioni, in vero dire assai problematiche, di questa differenza, confr. Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXIX, n. 1 a 3.

SEZIONE III

PURGAZIONE COATTIVA.

SOMMARIO

654. Diritto dei creditori iscritti d'impedire il rilascio obbligando il terzo possessore al pagamento del prezzo da lui dovuto — 655. Casi nei quali è accordato ai creditori iscritti questo diritto — 656. Scopo della disposizione relativa — 657. L'azione accordata ai creditori iscritti è personale non reale — 658. Conseguenze importanti di questo principio — 659. Trascrizione del titolo. Può essere richiesta dai creditori aventi interesse a profittarne — 660. Procedimento da seguirsi.

654. Il terzo possessore che non intende o non può far uso della facoltà di liberare l'immobile dalle ipoteche che lo gravano e che d'altronde non preferisce pagare i crediti iscritti con i loro accessori a norma dell'art. 2010 cod. civ., può liberarsi col rilascio dell'immobile dall'azione esecutiva diretta contro di lui. Dobbiamo però, prima di prendere a trattare di questa facoltà accordata dalla legge al terzo possessore, e dei suoi effetti, soffermarci un momento a considerare due casi nei quali il terzo possessore, per quanto non obbligato personalmente al pagamento del debito, può sulle istanze di qualunque dei creditori iscritti, o sulle istanze di tutti coloro che hanno iscrizione sopra l'immobile, che siansi posti d'accordo a tale oggetto, vedersi privato della facoltà di rilasciare e costretto al pagamento del prezzo da lui dovuto in ordine alla obbligazione da lui assunta verso il venditore. Sono due casi contemplati nell'art. 2023 cod. civ., che noi consideriamo come casi di purgazione coattiva, perchè il terzo possessore non procede in essi di sua iniziativa, spontanea o provocata, alla liberazione del fondo, ma vi procede costretto dai creditori iscritti, i quali si valgono, per costringervelo, dell'azione che spetta all'alienante loro debitore in conformità del principio dell'art. 1234 cod. civ.

Dispone infatti il citato art. 2023: « Se il terzo possessore è « debitore in dipendenza del suo acquisto di una somma attual- « mente esigibile, la quale basti al soddisfacimento di tutti i « creditori iscritti contro i precedenti proprietari, ciascuno di essi « può obbligarlo al pagamento, purchè il titolo di acquisto sia « stato trascritto. Se il debito del terzo possessore non fosse at- « tualmente esigibile, o fosse minore o diverso da ciò che è do- « vuto ai detti creditori, questi possono egualmente, purchè di « comune accordo, richiedere che venga loro pagato sino alla ri- « spettiva concorrenza ciò che egli deve nei modi e termini della « sua obbligazione. Nell'uno e nell'altro caso non si può evitare « il pagamento coll'offrire il rilascio dell'immobile; ma eseguito « il pagamento, l'immobile si intende liberato da ogni ipoteca, « non esclusa quella spettante al venditore, e il terzo posses- « sore ha diritto di ottenere la cancellazione delle relative iscri- « zioni ».

Questa provvida disposizione, che non ha riscontro nei codici anteriori, tende ad evitare che un terzo possessore, pentitosi del suo acquisto, colluda con alcuno dei creditori iscritti, onde essere da esso intimato a forma dell'art. 2014 cod. civ. per avere occasione di liberarsi, col rilascio del fondo, dall'adempimento delle obbligazioni assunte con l'atto di acquisto. Se i creditori hanno la certezza, o anche semplicemente la probabilità, di non ricavare dalla esecuzione forzata il prezzo dovuto dal terzo possessore, la legge porge loro il modo di esigere da lui questo prezzo, tanto se basti, quanto se non basti al pagamento di tutti i crediti iscritti, purchè, in questo secondo caso, tutti si pongano d'accordo per offrire al terzo possessore la piena liberazione. Per questo ci è sembrato che i due casi contemplati nell'art. 2023 possano considerarsi come casi di *purgazione coattiva,* perchè il terzo possessore in essi è costretto a procedere alla liberazione dell'immobile da lui acquistato dalle ipoteche che lo gravano, senza che

a ciò concorra, nè direttamente nè indirettamente, la sua volontà (1).

655. Non è inutile illustrare i due casi considerati nell' articolo 2023 cod. civ. con appositi esempi.

Primo caso. Tizio è debitore in dipendenza dell' acquisto da lui posto in essere del fondo A, statogli venduto da Caio, di L. 20,000 attualmente esigibili. Sono iscritti sul fondo A tre creditori per il complessivo ammontare di L. 18,000. Tizio non paga e non istituisce il giudizio di purgazione; intimato a forma dell' art. 2014 cod. civ., si varrebbe della facoltà di rilasciare il fondo, con grave danno dell' ultimo creditore iscritto, perchè sa-

---

(1) Pochintesta, *op. cit.*, II, 399; Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXIV, n. 5 e seg.; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 75; Mirabelli, *Delle ipoteche*, pag. 151. Il ministro Pisanelli, così spiegava nella sua relazione (206) la importante e specialissima disposizione: « Alla regola per cui il terzo possessore che non « vuole pagare, può rilasciare il fondo per impedire che la esecuzione sia « promossa contro di lui, viene fatta una eccezione nel progetto. È stabi- « lito che se il terzo possessore trovasi debitore di una somma esigibi- « le, la quale basti al soddisfacimento di tutti i creditori iscritti contro i « precedenti proprietari, ciascuno di essi può obbligarlo al pagamento: ed « anche nel caso in cui il debito del terzo possessore non fosse esigibile, « o fosse minore o diverso di ciò che è dovuto ai detti creditori, questi « possono parimente, purchè di comune accordo, impedire il rilascio, e chie- « dere che venga loro pagato sino alla rispettiva concorrenza ciò che egli « deve nei modi e termini della sua obbligazione. L' esperienza ha dimo- « strato che talvolta il terzo possessore, pentito del suo acquisto, fa sorgere « egli stesso l' occasione di sciogliere il contratto col rilascio, colludendo « con alcuno dei creditori perchè lo molesti con l' azione ipotecaria. Ragion « vuole che gli altri creditori possano ciò impedire, quando, avendo un in- « teresse opposto, si offrono di cancellare tutte le ipoteche, e di adempiere « per tal modo essi medesimi alle obbligazioni del debitore riguardo al pa- « cifico possesso della cosa venduta. Tale facoltà riconosciuta ai creditori, non « è che l' applicazione della regola generale, per cui essi possono far valere « le ragioni del loro debitore che non siano esclusivamente personali ». V. ancora la Relazione della commissione senatoria sul III Libro del cod. civ. (Vacca), n. 277.

rebbe facile che il fondo, esposto all'incanto, andasse venduto per un prezzo inferiore alle L. 18,000. Il terzo creditore iscritto, esercitando l'azione spettante a Caio suo debitore, obbliga Tizio al pagamento del prezzo da lui dovuto. Tizio non può liberarsi col rilascio da questa obbligazione, per quanto l'avesse assunta di fronte a Caio suo venditore, non di fronte ai creditori di lui, perchè i creditori esercitano appunto l'azione di Caio loro debitore e creditore di Tizio, surrogandosi a Caio.

Secondo caso. In dipendenza del solito acquisto del fondo A, Tizio è debitore di L. 20,000 pagabili fra cinque anni. Però contro il venditore Caio sono iscritti quattro creditori per L. 21,000 in totale. Tizio, che non ha pagato nè istituito il giudizio di purgazione, non può neppure in questo caso liberarsi col rilascio del fondo, se i quattro creditori si pongono d'accordo per contentarsi di ricevere in integrale pagamento del loro credito complessivo di L. 21,000, le L. 20,000 dovute da Tizio, offrendogli in correspettivo la cancellazione delle loro ipoteche iscritte contro Caio, non che della ipoteca legale iscritta a favore di quest'ultimo per sicurezza del prezzo di alienazione. L'ultimo creditore iscritto perde in tal modo una parte del suo credito; ma potrebbe darsi che l'esercizio dell'azione ipotecaria avesse per resultato una perdita anche maggiore; ammesso pure che l'ultimo iscritto rimanesse perdente per la totalità del suo credito, può darsi che ai creditori anteriori convenga dargli un compenso, purchè concorra con loro alla completa liberazione del fondo da tutte le iscrizioni. Anco se fosse dovuta una cosa diversa da quella che i creditori hanno diritto di ottenere, la situazione non muta; purchè se ne accontentino, il terzo possessore non può, di fronte al loro accordo, pretendere di liberarsi col rilascio dall'adempimento della sua obbligazione. L'assunse, è vero, di fronte a Caio, suo venditore, non di fronte ai creditori di lui: l'assunse in quei limiti, con quel termine, in quel dato modo; ma poichè i creditori, so-

stituendosi a Caio loro debitore, se ne accontentano, ed offrono la piena liberazione, come Tizio potrebbe sottrarsi dall'adempierla?

Gli esempi addotti chiariscono vie più il provvido intendimento della legge; la quale, costituendo il terzo possessore nella impossibilità di sciogliersi dagli obblighi liberamente assunti con il suo acquisto, giova alla serietà ed alla efficacia delle convenzioni, ed impedisce che le giuste aspettative dei creditori, determinate dall'acquisto, siano impunemente deluse col rilascio del fondo per parte del terzo possessore.

656. A spiegare la disposizione dell'art. 2023 cod. civ. un nostro scrittore osserva che i creditori ipotecari, temendo un concorso dei creditori chirografari sul prezzo dell'immobile ipotecato, si asterrebbero dal domandarne il pagamento con l'azione personale indiretta dell'art. 1234 e preferirebbero di agire sempre con l'azione ipotecaria dando luogo così all'esercizio della facoltà di rilascio per parte del terzo possessore. Ma in deroga appunto ai principii generali, osserva egli, « il nostro codice civile « ha consacrato nell'art. 2023 una disposizione, per la quale è « aperta ai creditori ipotecari l'azione personale indiretta pel pa- « gamento del prezzo ancora dovuto dal possessore, cui perciò « vien meno la facoltà del rilascio, senza che essi abbiano a sof- « frire la concorrenza dei creditori chirografari ». E dopo aver riassunto la disposizione dell'articolo, così continua: « Se dunque « la legge dà espressa facoltà ai creditori ipotecari di chiedere « al possessore il pagamento del prezzo tuttora dovuto dall'alie- « nante, è *per attribuire loro tal prezzo con preferenza sui creditori* « *chirografari*; perchè in quanto alla facoltà pura e semplice di « chiedere siffatto pagamento, i creditori ipotecari erano già sor- « retti dalla disposizione dell'art. 1234, cui non faceva mestieri « aggiungerne altra del medesimo valore e significato » (1).

---

(1) Melucci, *op.* e *loc. cit.*

Questa spiegazione è a parer nostro inesatta e non merita accoglienza. I creditori chirografari infatti, non avendo un diritto reale sull'immobile alienato, non potrebbero agire, di fronte alla alienazione fattane dal loro debitore, che con l'azione rivocatoria dell'art. 1235 cod. civ., ove ricorressero gli estremi nel concorso dei quali si fa luogo a questo speciale rimedio, o con l'azione esecutiva mobiliare pignorando in pregiudizio dell'alienante loro debitore il prezzo che fosse tuttora dovuto dall'acquirente; ma nè l'una nè l'altra azione può nuocere ai diritti dei creditori iscritti sull'immobile alienato; non la prima, perchè se questo immobile rientra, in conseguenza della rivocazione, nel patrimonio dell'alienante, vi rientra gravato delle ipoteche che contro di lui vi erano state iscritte anteriormente alla alienazione; non la seconda, perchè avendo i creditori iscritti diritto di prelazione sul prezzo dell'immobile estante nelle mani del terzo possessore, ai creditori chirografari non è dato distruggere con l'esecuzione mobiliare questo diritto prevalente.

La facoltà di domandare pagamento del prezzo dovuto dal terzo possessore non è dunque accordata ai creditori iscritti per escludere un concorso dei creditori chirografari reso impossibile dalla esistenza del vincolo ipotecario: è accordata loro al fine ben diverso di non costringerli a perdere il vantaggio dell'alienazione a prezzo conveniente, ogni qual volta abbiano ragione di temere che con la esecuzione forzata, e col provocare il rilascio dell'immobile, si conseguirebbe un prezzo minore.

Non vale obiettare che a costringere il terzo possessore al pagamento da lui dovuto, nei modi e termini della sua obbligazione, bastava la disposizione dell'art. 1234 cod. civ. Tanto è vero che non bastava, che sotto l'impero del cod. francese, che pure ha nell'art. 1166 una disposizione identica a quella del nostro art. 1234, in mancanza di una disposizione speciale simile a quella dell'art. 2023 del nostro codice, non è dato ai cre-

ditori iscritti d' impedire il rilascio per parte del terzo possessore (1).

657. Qual' è la natura dell' azione accordata ai creditori dall' art. 2023 cod. civ.? In qual modo si esplica? La risposta a siffatti quesiti si cerca indarno nelle opere che hanno illustrato questa nuova disposizione della legge nostra: fortunatamente un caso speciale, presentatosi non ha guari alla cognizione della Cassazione fiorentina, porse a questo supremo consesso l' occasione d' illustrare ampiamente la disposizione di cui si tratta e di fissarne le linee principali.

Si disputava appunto, a speciali e limitati effetti, se l'azione di cui si tratta avesse carattere reale o personale; e la Corte ebbe a risolvere la controversia nel senso della personalità dell' azione stessa, argomentando ciò dalla lettera dell' articolo, dallo spirito che lo informa, dallo scopo a cui è diretto, dalle sue relazioni con altre disposizioni del codice (2).

È indispensabile, trattandosi di materia nuova e poco studiata, riportare le considerazioni della Corte.

---

(1) Il TARTUFARI, in una nota inserita nella *Temi veneta* (1894, 209), illustrando una importante sentenza della Cassazione fiorentina su questo argomento, così in proposito si esprime: « L' art. 2023 cod. civ. per il quale, nei « casi ivi contemplati, si dà ai creditori iscritti facoltà di costringere il terzo « possessore al pagamento, senza che egli possa evitarlo con l' offrire il rila- « scio dell' immobile ipotecato, rappresenta una notevole ed opportuna innova- « zione sul sistema delle legislazioni precedenti. Ed invero, così pel codice « francese, come per gli altri che in Italia su di esso si modellarono, il terzo « possessore molestato con l' azione ipotecaria, quando non preferiva di proce- « dere al giudizio di purgazione delle ipoteche, o di pagare per intiero i crediti « iscritti e i loro accessorii, poteva in ogni caso liberarsi mediante il rilascio « dell' immobile ipotecato, senza distinguere se egli fosse o no debitore di « qualche somma in dipendenza del suo acquisto, e senza che ai creditori iscritti « altra azione contro di lui si appartenesse, all' infuori appunto dell' azione « reale derivante dalla ipoteca ».

(2) Sentenza del 28 decembre 1893, *Temi veneta*, 1894, 209.

« Che quando l' art. 2023 dispone che se il terzo possessore « è debitore in dipendenza del suo acquisto di una somma at- « tualmente esigibile, la quale basti al soddisfacimento di tutti « i creditori iscritti contro i precedenti proprietari, ciascuno di « essi può obbligarlo al pagamento, apparisce chiaro che esso « fonda il diritto dei creditori, non nella ipoteca, ma nella ob- « bligazione personale del debitore, e quindi l'azione mediante la « quale questo diritto si esercita dai creditori non potrebbe essere « che un'azione per sua natura meramente personale, corrispondente « alla fonte giuridica da cui lo stesso articolo la fa derivare.

« Che a questo concetto risponde pure il successivo capo- « verso dell'articolo in questione, dove, anche nel caso che il de- « bito del terzo possessore non fosse attualmente esigibile, o fosse « minore o diverso di ciò che è dovuto ai creditori, pure con- « ferisce loro, semprechè di comune accordo, il diritto di richie- « dere che venga loro pagato sino alla rispettiva concorrenza ciò « che egli deve nei modi e termini della sua obbligazione, di- « mostrando anche con questa disposizione che è la obbligazione « personale del debitore, e non altro, che la legge prende di mira « a fondamento dei diritti dei creditori.

« Che la interpretazione seguìta dalla denunciata sentenza « trova appoggio ancora in quanto dispone l'ultimo capoverso del « citato art. 2023, il quale non permette in niun caso al debi- « tore di evitare il pagamento del debito coll' offrire il rilascio « dell' immobile che sarebbe la naturale conseguenza dell' azione « ipotecaria; imperocchè, eliminando gli effetti della ipoteca, la « legge ha dato a divedere nuovamente che l' azione concessa in « questo caso ai creditori non è quella che dalla ipoteca potesse « derivare.

« Che infatti l' oggetto dell' azione indotta dal citato articolo « non è il rilascio e la vendita dell' immobile ipotecato, che sono « gli effetti naturali dell' ipoteca, mentre al contrario l' azione

« tende ad impedire l' uno e l' altro, coll' accordare al creditore
« iscritto il mezzo di conseguire egualmente il pagamento di ciò
« che gli è dovuto in virtù della obbligazione personale del terzo
« possessore, indipendentemente dalla conversione in prezzo del-
« l' immobile soggetto alla ipoteca; e se tale è lo scopo di quella
« disposizione, sarebbe *contra rationem juris* il vedere in così fatta
« azione l' esercizio del diritto ipotecario, di cui si vollero in-
« vece con essa evitare gli effetti, per risparmiare ai creditori il
« grave dispendio, le molteplici cure e il lungo corso di una
« espropriazione.

« Che d' altronde, come rettamente osservava la denunziata
« sentenza, non si può ammettere per lo spirito donde è mani-
« festamente animato l' art. 2023, che mentre ai creditori iscritti
« competono del pari l' azione ipotecaria e la personale, che ac-
« corda loro *ex juribus* del venditore il precedente art. 1234, nei
« casi poi contemplati dal primo dei summenzionati articoli; l' a-
« zione dovesse essere la ipotecaria, malgrado che non riguardi
« l' immobile ipotecato, ma solo il prezzo dovuto dal terzo pos-
« sessore. L' articolo è ispirato al favore verso i creditori, ai quali
« la legge volle rendere più facile e pronto il pagamento dei loro
« crediti; e questo favore si volgerebbe molte volte a loro danno,
« quando l' esercizio del loro titolo fosse ristretto entro i limiti
« dell' azione ipotecaria, al cui confronto talora l'azione personale
« può essere più profittevole.

« Che il senso dell' articolo di cui è parola, si fa poi vie
« più chiaro e sicuro per i suoi necessari rapporti col precedente
« art. 1234, nel quale in sostanza ha il suo principio fondamen-
« tale e la ragione giuridica di quanto dispone. L' art. 1234 in-
« fatti accorda in genere al creditore, per il conseguimento di
« quanto gli è dovuto, la facoltà di esercitare tutti i diritti e le
« azioni del debitore, eccettuati soltanto quei diritti che sono ine-
« renti alla persona di questo, e il creditore che si vale di que-

« sta facoltà la esercita *ex juribus* del suo debitore, o come surrogato nei suoi diritti, quasi *ex mandato*. Nè diversamente esercita tale facoltà il creditore in virtù dell' art. 2023, il quale non è altro che una speciale applicazione della regola generale scritta nell' art. 1234 ai creditori iscritti, che, senza l' inutile dispendio e le complicate forme di una vendita giudiziaria, possono egualmente *ex juribus* del venditore conseguire il pagamento dei loro crediti, mentre il terzo possessore, pagando il prezzo del suo acquisto di cui è tuttora debitore, riesce anch' esso a liberare l' immobile dei vincoli ipotecarii che tuttora lo gravano ».

In contrario si sosteneva che l' azione accordata al creditore è ipotecaria non personale, desumendolo dalla rubrica in cui si trova contenuto l' art. 2023, che tratta degli effetti della ipoteca riguardo al terzo possessore, dall' appartenere essa al solo creditore iscritto, dall' essere richiesta la formalità della trascrizione perchè la stessa azione possa essere esercitata, dall' avere finalmente per effettò la liberazione dell' immobile ipotecato, la quale ha carattere reale non personale. Ma la Corte replicò che bene spesso sotto una data rubrica si contengono, per necessaria relazione, disposizioni d' indole diversa da quelle che dalla rubrica sarebbero designate; che il diritto di cui si tratta non poteva accordarsi a creditori non iscritti perchè questi soltanto hanno azione diretta verso l' acquirente; che la trascrizione tende a rendere operativo di effetti di fronte ai terzi l' atto traslativo della proprietà, per modo che i creditori non potrebbero considerare l' acquirente come tale se non avesse trascritto il suo titolo; che finalmente si ottiene, è vero, la liberazione dell' immobile dalle ipoteche che lo gravano, ma si ottiene col pagamento del prezzo dovuto dall' acquirente, che è soddisfacimento della obbligazione da lui personalmente assunta verso il venditore *ex juribus* del quale i creditori agiscono.

658. Stabilita così la natura reale dell' azione di cui si tratta, ne discendono importanti conseguenze. Prima fra tutte quella ritenuta dalla Corte suprema fiorentina nella citata sentenza, che cioè il terzo possessore è tenuto al pagamento di tutti gl' interessi da lui dovuti al suo alienante, in virtù del contratto di alienazione, e non soltanto al pagamento delle annate garantite *ope legis* dalla iscrizione del capitale in virtù dell' art. 2010 cod. civ. Il terzo possessore può essere astretto soltanto al pagamento di queste annate, a forma dell' art. 2013 cod. civ., quando è perseguitato con l' azione ipotecaria: ma quando i creditori iscritti, sostituendosi al venditore ed esercitando i di lui diritti, lo perseguitano coll' azione personale che spetta a quest' ultimo, l' azione stessa non può avere estensione diversa da quella della obbligazione assunta. L' art. 2013 cod. civ. contempla in genere la situazione giuridica del terzo possessore, che non avendo alcun obbligo personale, non può essere tenuto a pagare i creditori iscritti se non in quanto a lui piaccia sottrarsi alla necessità di rilasciare il fondo e renderlo libero dalle azioni reali dei creditori; mentre invece nell' art. 2023 dello stesso codice si deroga all' altro, considerando il caso del creditore iscritto che si vale dell'azione personale spettante al venditore. Qui il pagamento degli interessi non trova limite nell' art. 2010 cod. civ., e soltanto potrebbe dal terzo possessore essere eccepita la prescrizione quinquennale di cui all' art. 2144 cod. civ.

Una seconda conseguenza, anco più importante della prima, è questa, che se il terzo possessore non ottempera alla obbligazione che gli incombe di fronte ai creditori iscritti, di pagare il prezzo da lui dovuto nei modi e termini della obbligazione stessa, e i creditori sono perciò costretti ad agire in via esecutiva, essi hanno diritto di farlo non soltanto per ciò che riguarda l' immobile ipotecato a loro favore, ma possono agire anche sugli altri suoi beni, mobili o immobili che siano. Fu giustamente osservato

a questo proposito che nella ipotesi dell' art. 2023, e in virtù dell' azione personale col medesimo concessa, il terzo possessore debitore di qualche somma in dipendenza del suo acquisto, si trova di fronte ai creditori iscritti nella medesima situazione giuridica in cui si troverebbe di fronte all' alienante suo creditore; e come quest' ultimo ben potrebbe procedere o sui beni mobili di lui, trascurando l' immobile su cui fu iscritta l' ipoteca legale, o anche su altri immobili, ove quello si dimostrasse o fosse divenuto insufficiente (art. 2080 cod. civ.), così del pari lo possono i creditori iscritti, per legge surrogati nelle sue ragioni (1); un *beneficium excussionis* non è nel concreto del caso escogitabile, salva la restrizione del citato art. 2080, perchè di fronte all' azione specialissima esercitata dai creditori iscritti nel caso dell'art. 2023, sta non soltanto l' immobile ipotecato, ma l' intiero patrimonio del terzo possessore.

Terza conseguenza. Le spese della esecuzione cui può dar luogo l' inadempimento della obbligazione personale del terzo possessore, spese che nel caso di rilascio anderebbero a carico del prezzo, vanno in questo caso speciale a carico del terzo possessore che vi dà causa con la propria inadempienza (2).

Quarta ed ultima conseguenza finalmente, e questa favorevole, non contraria, al terzo possessore, si è, che egli può opporre ai creditori iscritti non le sole eccezioni di cui all'art. 2015, delle quali sarà parlato a suo luogo nella Sezione V di questo capitolo, ma bensì tutte quante le eccezioni che potrebbe opporre all'alienante suo creditore, essendo tenuto verso i creditori iscritti « *nei modi e termini della sua obbligazione* » (3).

659. Perchè i creditori possano far uso della facoltà loro ac-

(1) TARTUFARI, nota citata, *Temi veneta*, 1894, 210.

(2) TARTUFARI, *loc. cit.*

(3) TARTUFARI, *loc. cit.*

cordata dall' art. 2023 cod. civ. è necessario che il titolo di acquisto sia stato trascritto. Dato che il terzo possessore non avesse ottemperato a questa formalità, potrebbero i creditori iscritti trascrivere essi il suo titolo, per procedere poi contro di lui con l'azione personale e astringerlo al pagamento del prezzo da lui dovuto in forza del titòlo stesso? La Corte di cassazione di Firenze ebbe a risolvere la questione in senso affermativo in base al principio che la trascrizione, da chiunque si faccia, profitta a tutti coloro che vi hanno interesse (art. 1941 cod. civ.). Osservò la Corte che sarebbe assurdo il supporre che la legge avesse esteso gli effetti della trascrizione a chiunque può avervi interesse, e avesse poi negato a chi ha diritto di profittarne la facoltà di eseguirla: ogniqualvolta il titolo di acquisto esiste, e dà un' azione al venditore, questa azione può essere esercitata dai creditori di lui; se la legge ha voluto il fine, non può aver disvoluto il mezzo; esistendo il titolo di acquisto, non è in facoltà dell' acquirente il sottrarsi alle sue conseguenze.

Accettiamo pienamente queste logiche conclusioni della Corte suprema, non senza osservare con la Corte che il terzo possessore non potrebbe con successive alienazioni sottrarsi all' adempimento delle obbligazioni assunte (1). I creditori hanno di fronte a siffatte alienazioni, dato che siano valide per aver preceduto la trascrizione del precetto, la scelta di agire con l'azione ipotecaria sui beni alienati, o con l' azione personale contro il terzo possessore che ha compiuto l' alienazione. Una ricerca intenzionale del dolo che può avere accompagnato l' alienazione, è assolutamente irrilevante e inammissibile, quando il creditore ipotecario agisce con l' azione personale, la quale ha fondamento nella obbligazione

---

(1) Su questo punto speciale, e sulla non applicabilità al medesimo del principio « *qui dolo desiit possidere pro possessore habetur* », si consulti la nota del TARTUFARI, dove l' argomento è largamente e dottamente svolto.

assunta di fronte al venditore, la quale sopravvive all'alienazione, comunque questa abbia avuto luogo.

660. Quanto al modo di esplicarsi dell'azione speciale accordata ai creditori iscritti dall'art. 2023 cod. civ., osserviamo che esso è chiarito e fatto palese dalla natura personale dell'azione stessa.

I creditori che vogliono valersene non agiscono con l'azione ipotecaria; hanno per ciò necessità di procurarsi un titolo esecutivo, il quale altro non può essere che una sentenza proferita dall'autorità giudiziaria competente in seguito a regolare giudizio di cognizione. Intimato il terzo possessore ad eseguire il pagamento del prezzo da lui dovuto, nei modi e termini della sua obbligazione, ed offertogli in corrispettivo la liberazione dell'immobile da lui acquistato dalle ipoteche che lo gravano, costituendolo per tal modo in mora all'adempimento della sua obbligazione, i creditori iscritti dovranno citarlo innanzi l'autorità giudiziaria competente (1), per ottenere la sua condanna: sarà indispensabile la citazione del venditore, la cui ipoteca legale deve essere cancellata insieme a quelle dei creditori iscritti; ed in base alla sentenza che sarà ottenuta potrà essere iscritta l'ipoteca giudiziale, o proceduto al pignoramento sugli altri beni del terzo possessore. Con la stessa sentenza sarà ordinata la cancellazione delle ipoteche quando il pagamento sia avvenuto, non essendo necessario istituire, di fronte all'accordo dei creditori iscritti, un giudizio di graduazione, che si risolverebbe in un inutile dispendio.

---

(1) Qui può nascere questione quanto alla competenza. Ma dal momento che si tratta di *azione personale*, dovrà applicarsi, a parer nostro, l'art. 90 cod. proc. civ.

SEZIONE IV

RILASCIO DELL' IMMOBILE IPOTECATO.

SOMMARIO

661. Il terzo possessore che non adempie alle formalità stabilite nella Sezione X del capo delle ipoteche per rendere libera la sua proprietà e che d' altronde non preferisce di pagare i crediti iscritti ed i loro accessorii a norma dell' art. 2010 cod. civ., è tenuto per l' art. 2013 dello stesso Codice a rilasciare l' immobile senza alcuna riserva, se non vuole che qualunque creditore munito di efficace ipoteca possa farlo vendere in suo pregiudizio. Veramente è questa piuttosto una facoltà che un obbligo del terzo possessore, ed ove egli non ne faccia uso, i creditori non possono astringervelo, come non possono, salvo il caso dell'art. 2023 cod. civ., esaminato nella sezione precedente, costringerlo al pagamento dei debiti iscritti (1). Solo diritto dei creditori ipotecari, è quello

---

(1) Che il rilascio sia un obbligo, non una facoltà, fu deciso in relazione alla parola « *tenuto* » scritta nell' art. 2013 cod. civ., in una sentenza della corte d' appello di Perugia del 24 novembre 1879 (*Giur. it.*, XXXII, I, II, 47). Ma le ragioni date in questa decisione non persuadono. Se il terzo pos-

di far vendere l'immobile ipotecato ove il terzo possessore non paghi, non rilasci e non istituisca il giudizio di purgazione. Tuttociò resulta dal confronto degli art. 2013 e 2014 cod. civ. da noi esaminati già nel loro complesso (sopra n. 611), ed è consentaneo alla essenza della ipoteca, che è diritto reale sopra l'immobile ipotecato, e al contenuto di questo diritto, che è la prelazione accordata al creditore sopra il suo prezzo per assicurare il soddisfacimento del credito.

Riservandoci di parlare nella sezione seguente del diritto di far vendere l'immobile ipotecato, spettante ai creditori iscritti in confronto del terzo possessore, dobbiamo adesso parlare della facoltà del rilascio, a questo accordata, come mezzo di liberarsi da ogni obbligazione e d'impedire che la esecuzione forzata abbia luogo in suo confronto.

Osservammo già che col rilascio il terzo possessore non perde la proprietà dell'immobile, la quale rimane in lui fino all'aggiudicazione; evita soltanto la cura e la responsabilità della custodia e dell'amministrazione di un immobile che cesserà di appartenergli, e il disturbo ed il danno del ricevimento di atti giudiziali, che possono cagionargli un discredito, non sapendosi da tutti se sono rivolti contro la sua persona e conseguenza dello inadempimento di obbligazioni da lui contratte, o se contro di lui sono rivolti soltanto nella sua qualità di terzo possessore tenuto ipotecariamente.

662. La facoltà del rilascio è data al terzo possessore che

---

sessore intimato a rilasciare o pagare, non rilascia nè paga, il creditore non può astringervelo per il principio *nemo potest praecise cogi ad factum*. Il creditore non ha altra via che procedere oltre nell'esercizio dell'azione esecutiva, ma ciò prova appunto che il rilascio non è un obbligo ma una facoltà del terzo possessore. Il creditore può obbligarlo a subire la espropriazione, ma non a rilasciare l'immobile prima che la espropriazione sia compiuta.

non è personalmente obbligato al pagamento del debito (art. 2016 cod. civ.). Parlammo lungamente di questa condizione nella sezione I di questo capitolo, nè qui dobbiamo ripetere cose già dette. Ricordiamo solo che obbligati personalmente, e perciò non ammessi a liberarsi col rilascio, sono i successori a titolo universale, e ancora quelli acquirenti a titolo particolare che hanno assunto, o sono stati obbligati ad assumere, il pagamento del debito ipotecario come condizione del loro acquisto. Tale sarebbe il compratore che si fosse accollato in confronto del venditore il pagamento dei crediti iscritti con tanta rata di prezzo; la stipulazione assume, di fronte ai creditori, il carattere di una di quelle stipulazioni a favore del terzo, che l'art. 1128 cod. civ. riconosce produttive di effetti giuridici quando formano condizione di una stipulazione che lo stipulante fa per sè stesso, come appunto avverrebbe nel caso: dato che il creditore dichiari di volerne profittare, la stipulazione diviene irrevocabile, anche in confronto del terzo estraneo alla stipulazione, e la facoltà del rilascio vien meno. Rientrerebbe pure nella contemplata categoria, di terzi possessori non ammessi a fare il rilascio per la obbligazione personale facente carico ai medesimi, il legatario dell' immobile ipotecato, al quale il testatore avesse imposto il pagamento del debito come un onere della liberalità disposta a suo favore.

Occorre in altri termini che si tratti di un acquirente dell' immobile ipotecato il quale ha potuto serbarsi e si è in realtà serbato affatto estraneo alla obbligazione, e non ha assunto, nè direttamente nè indirettamente, impegno alcuno verso i creditori iscritti, all' infuori di quello nascente dall' ipoteca gravante sull' immobile acquistato da lui.

Si dirà per questo che la facoltà del rilascio spetti al datore d' ipoteca, a colui cioè, che non essendo personalmente obbligato pel debito, ha costituito ipoteca sui proprii beni per sicurezza del

debito altrui? Vi ha chi lo afferma (1), ma noi per le ragioni superiormente svolte non possiamo accogliere la opinione affermativa (sopra n. 613).

Del caso speciale dell' art. 2023 cod. civ. come ostativo alla facoltà del rilascio fu largamente parlato nella sezione III di questo capitolo.

663. Occorre poi, per esercitare la facoltà del rilascio, che il terzo possessore non obbligato personalmente per il debito, abbia la capacità di alienare, e in difetto sia autorizzato a rilasciare l' immobile nelle forme di legge (art. 2016 cod. civ.). Si argomenta da ciò che la legge equipara il rilascio all' alienazione: per conseguenza, non solo non potrebbero rilasciare l'immobile ipotecato il padre nella rappresentanza del figlio minore, il tutore nell' interesse del minore o dell' interdetto, senza autorizzazione del tribunale e rispettivamente del consiglio di famiglia; ma tale atto non potrebbe validamente essere compiuto neppure dalla donna maritata, quanto ai suoi beni parafernali, senza autorizzazione del marito, nè dall' inabilitato senza l' assistenza del curatore, nè dal minore emancipato senza il consenso del curatore e la deliberazione favorevole del consiglio di famiglia: anzi la deliberazione del consiglio di famiglia autorizzante il minore emancipato ed il tutore, come di alienazione di beni immobili, sarebbe soggetta alla omologazione (2). Le forme abilitanti relative ai corpi morali sono determinate dalle leggi speciali che li riguardano, alle quali si dovrà ricorrere con questo criterio direttivo, che il rilascio è dalla legge equiparato all' alienazione.

Non perdendosi col rilascio la proprietà dell' immobile, è stato talvolta ritenuto, in aperta contradizione con la lettera della legge, che l' atto non esorbiti dai limiti della semplice amministrazio-

---

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXIV, n. 3.

(2) Art. 224, 296, 134, 319, 339, 301 cod. civ.

ne (1); ma questa opinione, appunto perchè in aperta contradizione con la legge, non è da accogliersi. Il rilascio, pur non essendo atto di alienazione, è preordinato all' alienazione e vi dà luogo con la vendita dell' immobile rilasciato, perchè i creditori iscritti, i quali perdono con l'esercizio della relativa facoltà ogni speranza di ottenere ciò che loro è dovuto, non hanno altra via per conseguirne in tutto o in parte il pagamento dei loro crediti, che far vendere l' immobile ipotecato a loro favore. Si aggiunga che il rilascio, per quanto non sia causa immediata di trasferimento della proprietà, è atto di grande importanza, perchè il terzo possessore si spoglia con esso dell'amministrazione e della vigilanza dell' immobile ipotecato, il cui prezzo, ove si verifichi un avanzo, soddisfatti che siano i creditori iscritti, è a lui devoluto, e perchè d'altronde, ove si decida di poi a recuperare l' immobile, secondo la facoltà concessagli dall'art. 2018 cod. civ., deve pagare, oltre i crediti iscritti, anco le spese.

664. Il difetto di autorizzazione, nei casi nei quali è richiesta, produce la nullità; nullità relativa, la quale per conseguenza non potrebbe venire opposta se non dall' incapace, dai suoi eredi ed aventi causa, in conformità del principio generale scritto per i contratti nell'art. 1107 cod. civ.

Ciò non ostante noi riteniamo che i creditori iscritti, i quali al seguito del rilascio sono nel diritto di far vendere all' incanto l' immobile rilasciato, prima di procedere a far nominare l' amministratore e all'esercizio dell'azione esecutiva in di lui confronto, potrebbero esigere che il terzo possessore che ha fatto il rilascio si provvedesse dell'autorizzazione necessaria, onde evitare che in

---

(1) La Corte d' appello di Roma con sentenza del 6 decembre 1883 decise appunto che « il padre in rappresentanza dei figli minori bene provvede « nei limiti della semplice amministrazione, se intimato a rilasciare l' immobile « ipotecato od a pagare, trovandosi senza mezzi di pagare, rilascia l' immo« bile » (*Temi rom.*, XIX, 181).

seguito, fatta la vendita con resultato dannoso per lui, egli potesse insorgere e far dichiarare la nullità degli atti. A tale oggetto noi riteniamo che qualunque creditore iscritto potrebbe convenire in giudizio il terzo possessore, citando la persona che ne ha la legittima rappresentanza se si trattasse di un minore non emancipato o di un corpo morale, o citando lui stesso con assistenza del curatore o del marito, se inabilitato, minore emancipato o donna maritata, non per far dichiarare la nullità del rilascio, ma per astringerlo a provvedersi delle autorizzazioni necessarie.

Ben sappiamo che il rilascio è atto unilaterale del terzo possessore, ma ci sembra che ad esso si addicano perfettamente le norme del contratto, dal momento che modifica sostanzialmente la condizione giuridica dei creditori iscritti di fronte al terzo possessore. Le norme che governano il contratto sono per questo applicabili, secondo il principio generale sancito nell'art. 3 capov. delle disposizioni preliminari del codice civile.

665. Il rilascio si eseguisce con dichiarazione fatta alla cancelleria del Tribunale competente per la subastazione, la quale ne spedisce certificato (art. 2019 cod. civ.). Non è stabilito per essa termine alcuno. Deve per ciò ritenersi che possa farsi in ogni tempo, prima che la spropriazione sia compiuta, sempre che possa presentare qualche utilità pel creditore rilasciante (1). Se chi fa il rilascio è un incapace dovrà essere assistito o rappresentato dalla persona che secondo i casi è tenuta ad assisterlo o rappresentarlo, e il documento autorizzativo, ove occorra, dovrà essere depositato in cancelleria e rimanere allegato alla dichiarazione. L'autorità giudiziaria di regola non interviene, e il suo intervento non può verificarsi se non sopra domanda delle parti

---

(1) Ciò si argomenta dall' art. 2019 capov. 1° cod. civ. ove si dice che contro l' amministratore si faranno *o proseguiranno* gli atti di vendita.

interessate, quando si contesti la facoltà di rilasciare, o la regolarità dell' atto, per una qualunque delle cause superiormente espresse.

Questo quanto alla forma esterna dell' atto di rilascio. Riguardo al suo contenuto provvede l' art. 2013 cod. civ. dichiarando tenuto il terzo possessore a rilasciare l' immobile senza alcuna riserva. Ciò vuol dire che il terzo possessore non può sottoporre la dichiarazione di rilascio da lui emessa a termine o a condizione, nè rilasciare una parte soltanto degli immobili ipotecati, quando anche la parte che volesse rilasciare fosse sufficiente ad estinguere con il suo prezzo le ragioni dei creditori iscritti (1).

Diversamente dovrebbe decidersi se il terzo possessore avesse alienato una parte degli immobili ipotecati e rilasciasse la parte degli stessi immobili della quale avesse conservato la proprietà. Invero, come la ipoteca non priva il debitore della facoltà di disporre in tutto o in parte dell' immobile ipotecato, non ne priva il terzo possessore: solo la trascrizione del precetto produce contro l'uno e contro l'altro un così esorbitante effetto, e prima della trascrizione la facoltà di alienare resta inalterata come requisito essenziale del diritto di proprietà.

666. Eseguito il rilascio senza che sorgano contestazioni sulla sua efficacia, o risolute che siano le contestazioni sorte in proposito, sull' istanza di qualunque degli interessati, il Tribunale nominerà un amministratore dell' immobile rilasciato, perchè contro di esso devono farsi e proseguirsi gli atti di vendita secondo le norme stabilite per le spropriazioni (art. 2016 primo capov. cod. civ.).

Sull' istanza di qualunque interessato, dice la legge; per conseguenza sulle istanze del terzo possessore, il quale essendo di-

---

(1) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XXXV, n. 7.

chiarato custode dell' immobile rilasciato fino a che questo non sia consegnato all' amministratore (art. 2016 capov. ult. cod. civ.), ha più di ogni altro interesse a provvedere. Qualora non provvedesse, provvederà quello fra i creditori iscritti che ha provocato il rilascio, trasmettendo la intimazione di cui all' art. 2014 cod. civ., perchè è in confronto dell' amministratore che la spropriazione deve essere proseguita; ma ciò non esclude che la domanda potrebbe essere promossa da uno qualunque dei creditori iscritti.

Potrà procedersi per via di ricorso, o sarà il caso del giudizio contradittorio? Essendovi un manifesto conflitto d' interessi, occorre, a parer nostro, la citazione in via sommaria, come occorre per la nomina di un sequestratario diverso dal debitore nel caso contemplato dall'art. 2085 cod. civ. Invero il provvedimento di cui si tratta ha con la nomina del sequestratario giudiziale molta analogia; cosa è di grazia questo amministratore, se non un sequestratario vero e proprio? Come amministratore, sebbene la legge nol dica, è indubbiamente tenuto a render conto dei frutti percetti durante la sua amministrazione, il prezzo dei quali deve essere distribuito unitamente al prezzo dell' immobile nel giudizio di graduazione: e allora in che diversifica dal sequestratario vero e proprio? Diversifica per la causa della nomina, che è il rilascio per parte del terzo possessore, non la malversazione; ma una volta nominato, ha eguale ufficio, eguali obbligazioni, eguali diritti, e le norme che governano la nomina del sequestratario gli sono applicabili per la calzante analogia dei casi (1).

---

(1) Cons. in argomento la sentenza della Corte d' appello di Perugia citata a pag. 591 nota. Il POCHINTESTA, argomentando forse dai commenti dei codici anteriori, che non avevano una disposizione conforme a quella dell' art. 2019 capov. ult. cod. civ., dice che il ministero dell' amministratore dell' immobile rilasciato è puramente passivo (*op. cit.*, II, 3831); ma ciò è

Per ciò che attiene alla persona da citarsi per ottenere la nomina dell'amministratore, occorre distinguere. Se la nomina è richiesta dal terzo possessore, basta la citazione del creditore istante, che ha la rappresentanza di tutti gli altri creditori iscritti; se è il creditore istante che la promuove, basta la citazione del terzo possessore: se poi la nomina dell'amministratore fosse domandata da un altro interessato, per esempio da un creditore iscritto che non fosse in pari tempo il creditore istante, la citazione di questo, e del terzo possessore insieme, sarebbe a parer nostro indispensabile (1).

667. Il rilascio non pregiudica alle ipoteche costituite dal terzo possessore e debitamente iscritte (art. 2016 capov. cod. civ.). Spettando al terzo possessore l'avanzo che può verificarsi, soddisfatti che siano i creditori aventi ipoteca contro i proprietari precedenti, le ipoteche da lui costituite sopra l'immobile possono spiegare su questo avanzo il loro effetto utile. Il diritto dei creditori iscritti contro il terzo possessore non può subire modificazione per il fatto del rilascio: il terzo possessore non perde, come si è visto, la proprietà dell'immobile rilasciato; gli atti si fanno contro l'amministratore, ma il giudizio di graduazione che tiene dietro all'aggiudicazione lo riguarda direttamente: come egli può comparire in questo giudizio per domandare pagamento dell'avanzo che può verificarsi a suo favore, possono comparirvi i suoi creditori per domandare, su questo avanzo, collocazione dei loro crediti.

Tutto ciò non presenta difficoltà. Nè presenta difficoltà la questione consistente nel determinare se le ipoteche di cui è parola nel capoverso dell'art. 2016 debbano essere costituite ante-

---

contradetto, oltre che dalla natura delle cose, dalla citata disposizione, perchè l'amministratore, se ha la custodia dell'immobile, dopo la consegna fattagliene, ne ha la responsabilità.

(1) Cons. su ciò Trani, 3 settembre 1878, *Riv. giur. Trani*, III, 285.

riormente al rilascio, o possano validamente essere costituite dopo che il rilascio ha avuto luogo. Infatti, dal momento che il terzo possessore non perde col rilascio la proprietà dell'immobile, nulla vieta che siano da lui consentite dopo il rilascio delle ipoteche sopra l'immobile rilasciato, o che vengano iscritte nello stesso periodo di tempo, intermedio fra il rilascio e l'aggiudicazione, delle ipoteche giudiziali contro di lui. Se l'immobile è stato rilasciato dal terzo possessore per sottrarsi all'azione ipotecaria dei creditori del proprietario precedente, quelle ipoteche avranno per chi le iscrive, nella massima parte dei casi, un valore molto relativo; ma altra cosa è la utilità del grado, altra la intrinseca validità della iscrizione; su questa il rilascio non può influire, anco perchè la legge, con la espressione adoperata nel capoverso dell'art. 2016 cod. civ., non dice nè lascia intendere che le ipoteche alle quali il rilascio non pregiudica, debbano necessariamente essere costituite prima che il rilascio avvenga.

Nella massima parte dei casi il terzo possessore che rilascia l'immobile, appunto per non ingerirsi ulteriormente nell'amministrazione e nella custodia del medesimo, dimostra con ciò di non avervi interesse e non è facile nè probabile che conceda su di esso delle ipoteche; ma se per avventura lo facesse, non vi è ragione di contestarne la validità; nè vi è ragione di togliere al suo creditore, munito di una sentenza di condanna, la possibilità d'iscrivervi la ipoteca giudiziale: per quanto remota possa essere la probabilità di conseguire, mercè di essa, pagamento del suo credito, perchè privarnelo? L'asta riserva spesso delle tristi sorprese, ma per eccezione può cagionarne delle gradite con straordinari e impreveduti aumenti, determinati dalla concorrenza. Perchè dovrebbe essere vietato ai creditori che non potessero ottenere garanzia migliore di giovarsi di questa?

668. Eseguito il rilascio gli atti di vendita si fanno e si proseguono contro il terzo possessore, o contro l'amministratore

nominato in sua vece, secondo le forme stabilite per le spropriazioni. Il codice di procedura non ha disposizioni speciali in proposito. Bisogna quindi ricorrere alle forme ordinarie. Il creditore che procede dovrà innanzi tutto fare istanza per la nomina di un perito per eseguire la stima dei beni, sempre che da lui o da altro creditore iscritto non venga offerto un prezzo non minore di sessanta volta il tributo diretto verso lo Stato (art. 663 cod. proc. civ.). Determinato il prezzo con la perizia o con la offerta, si cita il terzo possessore o l'amministratore che in sua vece sia stato nominato in via sommaria dinanzi al Tribunale per sentire autorizzare la vendita all'incanto (art. 665 cod. proc. civ.) e si prosegue poi la spropriazione secondo le norme tracciate nel Capo I Titolo III, Libro II del codice citato, che qui per brevità si tralasciano.

669. Conservando il terzo possessore che ha fatto il rilascio, la proprietà dell'immobile fino alla aggiudicazione, il legislatore nostro ammette a suo favore il diritto di recupera: « Finchè non « sia seguìta la vendita all'incanto il terzo possessore può ricu« perare l'immobile da lui rilasciato, pagando i crediti a norma « dell'art. 2013 oltre le spese » (art. 2018 cod. civ.). Occorre il pagamento effettivo ed immediato; una semplice promessa di pagare in seguito non basterebbe, a meno che i creditori con unanime assenso non se ne chiamassero contenti; e il pagamento deve comprendere non soltanto i crediti iscritti e i loro accessorii a norma dell'art. 2010 cod. civ., ma ancora le spese della nomina dell'amministratore e della spropriazione incominciata, alle quali il terzo possessore ha dato causa.

Per l'esercizio del diritto di recupera non sono prescritte forme speciali: non è pertanto necessaria la dichiarazione nella cancelleria, come per il rilascio; una semplice significazione a tutti i creditori iscritti ne terrà luogo, perchè contenga una esplicita dichiarazione della volontà di recuperare, accompagnata

dalla offerta di pagamento delle somme dovute dal terzo possessore recuperante. Ove la offerta non venisse accettata, sarà proceduto con le forme tracciate dagli art. 1259 e seg. cod. civ.

Occorre appena avvertire che la recupera può farsi unicamente allo scopo e alle condizioni di cui nell'art. 2018 cod. civ., e che per conseguenza il terzo possessore, pentitosi di avere fatto il rilascio, e di avere abbandonato la custodia e l'amministrazione dell'immobile, non potrebbe recuperarlo all'oggetto di rientrarne in possesso perchè la espropriazione fosse proseguita in suo confronto. Cotesta inversione della procedura non sarebbe ammissibile: se il terzo possessore aveva interesse di conservare l'amministrazione dell'immobile, doveva pensarci a tempo non facendone il rilascio: questo, una volta avvenuto, deve seguire il suo corso, per non rendere sempre più complicato e dispendioso il giudizil di spropriazione (1).

670. Ciò non ostante noi riteniamo che il terzo possessore il quale ha rilasciato l'immobile, e ha cessato per ciò di essere parte nel giudizio di spropriazione, potrebbe intervenire volontariamente in virtù del principio generale sancito nell'art. 201 del codice di procedura civile senza bisogno di giustificare uno speciale interesse in proposito. Dal momento che conserva la proprietà dell' immobile rilasciato fino all' aggiudicazione, dal momento che l'avanzo eventuale che può verificarsi dopo il pagamento dei creditori iscritti gli appartiene, niuno potrebbe contrastare seriamente il suo intervento.

Egli potrebbe pertanto richiedere la revoca dell'amministratore che si rendesse negligente o infedele nell'adempimento dei suoi doveri: potrebbe fare opposizione alla perizia che non avesse tenuto conto del valore dei miglioramenti pei quali gli spetta, come a suo luogo vedremo, il diritto di separazione; potrebbe

---

(1) Melucci, Lez. XXXVI, n. 9.

finalmente domandare la surroga nell'azione esecutiva, quando il creditore istante trascurasse di continuarla non adempiendo le formalità e gli atti di procedura nei termini stabiliti.

Quest'ultima forma d'intervento può invero dar luogo a qualche dubbio, mancando nella legge una precisa disposizione in proposito; ma a noi sembra che sia da ammettere, per la ragione che la situazione giuridica del terzo possessore soggetto alla spropriazione per avere rilasciato l'immobile presenta un'analogia manifesta con quella del terzo possessore che la subisce dopo avere istituito il giudizio di purgazione per essere stata fatta la richiesta d'incanto da un creditore iscritto. In questo caso il terzo possessore è nel diritto di essere surrogato pel chiaro disposto dell'art. 735 cod. proc. civ. in relazione all'art. 575 dello stesso codice: perchè dovrebbe essergli negato lo stesso diritto nel caso che ci occupa? I due casi presentano una manifesta analogia: se vi è una differenza, questa è a favore di chi sostiene l'opinione affermativa, perchè il terzo possessore che ha istituito il giudizio di purgazione, verificatasi la richiesta d'incanto rimane in possesso dell'immobile fino all'aggiudicazione, mentre il terzo possessore che ha rilasciato conserva la proprietà ma non il possesso dell'immobile medesimo. In un caso e nell'altro il diritto alla surroga provviene da ciò, che egli è tenuto ipotecariamente al pagamento dei crediti iscritti ma non personalmente: l'azione esecutiva ha un oggetto separato e distinto dal rimanente suo patrimonio, sebbene ne faccia parte, ed ammesso nell'un caso il diritto alla surroga, non vi è ragione di escluderlo nell'altro.

In un caso soltanto di surroga non potrebbe parlarsi; quando cioè il terzo possessore, non avendo pagato i crediti iscritti, nè rilasciato l'immobile, nè istituito il giudizio di purgazione, la spropriazione venisse iniziata e proseguita contro di lui. In questo caso infatti vi è legittimo contradittorio fra il creditore istante e lui, ed egli non potrebbe far le due parti in un tempo, nè figurare

al tempo stesso nel giudizio esecutivo come attore e come convenuto.

671. Dal fatto che il terzo possessore che ha rilasciato l'immobile e la proprietà fino all'aggiudicazione, si argomenta generalmente che l'immobile rimane a suo rischio e pericolo in conformità della massima *res perit domino* (1). Ma ciò non è da ammettere senza qualche distinzione, a torto trascurata dagli scrittori che hanno preso in esame l'importante argomento.

In virtù del principio *res perit domino* è indubitato che il terzo possessore risente danno dalla perdita o dal deterioramento dell'immobile ipotecato che siansi verificati nell'intervallo fra il rilascio e l'aggiudicazione, in quanto non ottiene altrimenti quel sopravanzo che gli è dovuto in ordine all'art. 2092 capov. cod. civ. Ma lo stesso principio non può invocarsi al diverso effetto di tenere obbligato il terzo possessore al pagamento dei crediti iscritti. Non essendo egli tenuto personalmente verso i creditori, ma essendolo in ragione delle ipoteche iscritte sull'immobile rilasciato, perito questo o deteriorato, il terzo possessore non può essere tenuto in modo alcuno al pagamento di ciò che è dovuto a questi creditori. Il principio *res perit domino* non trova certamente applicazione da questo punto di vista, mentre il perimento dell'immobile ipotecato estingue l'ipoteca, e il deterioramento dell'immobile stesso ne restringe l'effetto utile a ciò che rimane (art. 2029 n. 2 cod. civ.). Sopravvive il credito a favore dei creditori iscritti, ma sopravvive contro il debitore originario, non contro il terzo possessore, il quale, giova ricordarlo, in tanto ha potuto valersi della facoltà del rilascio, in quanto non era tenuto personalmente al pagamento.

Ma sarà tenuto, il terzo possessore, a pagare il prezzo al suo

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXVI, n. 6; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 63; Pochintesta, *op. cit.*, II, 384.

alienante come se l'immobile non fosse perito? Evidentemente si. Con l'alienazione l'immobile ha cessato di far parte del patrimonio del venditore, il quale ha acquistato in corrispettivo, il diritto al prezzo; l'immobile è entrato nel patrimonio del compratore, ma questi è divenuto, di fronte al venditore, debitore del prezzo corrispondente; nei rapporti fra questo e quello vi è obbligazione personale, e questa non si estingue per il perimento, nè si riduce per il deterioramento dell'immobile venduto; il principio *res perit domino* trova in questo caso, e da questo speciale punto di vista, puntualissima applicazione.

Sembra a prima vista assurdo che se l'immobile non è perito, e i creditori iscritti, hanno ottenuto sopra di esso il pagamento dei loro crediti, il terzo possessore non debba il prezzo e abbia anzi l'azione di regresso verso il suo alienante, e che lo debba invece se l'immobile è perito e se i creditori non hanno per questo potuto conseguire sopra il suo prezzo pagamento dei loro crediti; ma è questa una logica conseguenza della speciale situazione giuridica del terzo possessore; se l'immobile è espropriato e i creditori del proprietario precedente conseguono sopra di esso pagamento dei loro crediti, l'obbligazione di pagare il prezzo facente carico al compratore è compensata dal diritto di regresso che gli spetta contro il venditore; ma se l'immobile è perito, e i creditori non conseguono per questo pagamento sul prezzo del medesimo, non gli spetta il regresso, ma sopravvive soltanto l'obbligo di pagare il prezzo al venditore. I creditori rimasti perdenti non hanno azione contro di lui, ma potranno sequestrare nelle sue mani il prezzo da lui dovuto, ed agire contro di lui con l'azione personale, *ex juribus* del loro debitore.

672. Altri importantissimi effetti produce il rilascio dell'immobile ipotecato: rivivono le servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali spettanti al terzo possessore prima del suo acquisto (art. 2017 cod. civ.); è tenuto al risarcimento dei danni da lui

cagionati all'immobile per sua grave colpa (art. 2020 cod. civ.); ha diritto alla separazione dei miglioramenti (art. 2020 capov. cod. civ.); è tenuto alla restituzione dei frutti percetti dopo la intimazione di rilasciare (art. 2021 cod. civ.); ha ragione d'indennità verso il suo autore (art. 2022 cod. civ.); gode della surroga nelle ipoteche spettanti al creditore soddisfatto contro gli altri terzi possessori che dopo di lui hanno trascritto il loro titolo (art. 2022 capov. cod. civ.); ma poichè tutti questi effetti si verificano anco riguardo al terzo possessore che ha sofferta la espropriazione, stimiamo opportuno tenerne parola in apposita sezione, dopo che avremo esposte le norme riguardanti questa diversa situazione giuridica, da noi riservata per ultima per la sua grandissima importanza, sebbene nell'ordine del Codice preceda.

SEZIONE V

SPROPRIAZIONE CONTRO IL TERZO POSSESSORE.

SOMMARIO

673. Il terzo possessore ha facoltà di liberarsi dall' estensione dell' azione ipotecaria all' immobile ipotecato col pagamento dei crediti iscritti coi loro accessorii — 674. Diritto di far vendere. Intimazione di rilasciare o pagare — 675. Scopo di questo atto. Sua forma — 676. Al terzo possessore non compete il beneficio della escussione — 677. Eccezioni spettanti al terzo possessore. Disposizioni della legge — 678. Condizioni richieste perchè possano venire opposte. Trascrizione del titolo — 679. Il terzo possessore non può apporre eccezioni meramente personali al debitore. Teoria del Melucci in proposito — 680. Sua confutazione — 681. Eccezioni spettanti al debitore nel giudizio di condanna — 682. Eccezioni spettanti al debitore dopo la condanna — 683. Eccezioni proprie del terzo possessore — 684. Sospensione dei termini.

673. Vedemmo già come qualunque creditore munito di efficace ipoteca, cioè d'ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del titolo di acquisto, può far vendere l'immobile ipotecato,

se il terzo possessore non rilascia l'immobile stesso, non paga i crediti iscritti coi loro accessorii a norma dell'art. 2010, e non adempie alle formalità stabilite nella sezione X per rendere libera la sua proprietà (art. 2013, 2014 cod. civ.).

Del giudizio di purgazione abbiam parlato; del rilascio pure; prima di esaminare in qual modo si esplichi il diritto di far vendere l'immobile ipotecato, ci resta da dire una parola del pagamento dei crediti iscritti.

Il terzo possessore che vuole evitare la vendita dell'immobile, conservandone la proprietà, può col pagamento dei crediti iscritti dispensarsi dall'istituire il giudizio di purgazione, col quale non evita la contraria eventualità del rincaro. Se l'ammontare di questi non supera il prezzo dell'immobile da lui acquistato, e se il prezzo non è stato da lui pagato, è questo il mezzo più semplice e più spedito per evitare ogni ulteriore molestia: ma anco se il prezzo supera l'ammontare dei crediti, o se una parte di esso è stata pagata, in modo da render necessario un sacrifizio pecuniario, il terzo possessore può egualmente decidersi a pagare, ogni qual volta questo sacrifizio gli sembri minore di quello che dovrebbe fare lasciandosi espropriare, rilasciando l'immobile, o affrontando le lungaggini e le incertezze del giudizio di purgazione.

Quando prescelga questo partito, il terzo possessore è tenuto a pagare integralmente i capitali iscritti; ma quanto agli accessorii, la legge gli concede la facoltà d'invocare la disposizione restrittiva dell'art. 2010, per pagare soltanto quelle spese a quelli interessi che il creditore ha diritto di conseguire nel grado del capitale (1). Siffatta conseguenza del principio che il terzo pos-

(1) Perugia, 24 novembre 1879, *Giur. it.*, XXXII, I, II, 47; Genova, 18 novembre 1881, *Eco giurisp.*, VI, I, 27. Nello stesso senso la cass. napoletana decise che per ciò che attiene ai rimborsi della tassa di ricchezza mobile il terzo possessore non è tenuto che al pagamento delle annate iscritte, non

sessore, non essendo personalmente obbligato al pagamento del debito, ha diritto di misurare dalla estensione della ipoteca la estensione del debito che è costretto a pagare, non può dar luogo a gravi difficoltà, nè abbisogna di ulteriori spiegazioni.

674. Veniamo al diritto di far vendere. Questo diritto non si esplica per parte del creditore con uno speciale giudizio di cognizione, che egli non è in facoltà di intraprendere contro il terzo possessore, e che si risolverebbe in un inutile spesa (1), nè con una speciale azione esecutiva, a fondamento della quale mancherebbe il rapporto obbligatorio diretto da persona a persona. Si esplica bensì con la estensione al terzo possessore della procedura esecutiva intrapresa prima contro il debitore.

Dispone infatti l' art. 2014 capoverso, da noi altrove riprodotto testualmente, che la vendita non ha luogo se non sono trascorsi trenta giorni dopo il precetto fatto al debitore, e dopo che tale precetto fu notificato al terzo possessore con l'intimazione di pagare o rilasciare l' immobile. La espressione della legge non è esatta, perchè in realtà il terzo possessore non è obbligato nè all'una cosa, nè all'altra, ma soltanto deve fare l'una cosa o l'altra, ogni qualvolta, non trovandosi in uno dei casi previsti dall' art. 2023 cod. civ., non preferisca istituire il giudizio di purgazione; ma se non è esatta la espressione della legge, è però chiaro il suo concetto, il quale fa capo, come di sopra si osservava, non ad un' azione ipotecaria diretta, ma ad una estensione al terzo possessore dell' azione ipotecaria promossa contro il de-

---

estendendosi a questo rimborso la disposizione dell' art. 2010 relativa agli interessi (Sentenza del 10 aprile 1895, *Dir. e giur.*, XI, 266).

(1) Il terzo possessore del fondo ipotecato non può essere convenuto in giudizio per essere condannato al pagamento in favore del creditore o in difetto al rilascio del fondo; ma contro di esso deve promuoversi la esecuzione forzata nella forma stabilita dall' art. 706 del codice di procedura civile. (Napoli, 14 settembre 1874, *Giur. it.*, XXVI, I, II, 610; Venezia, 23 marzo 1886, *Giur. it.*, 1886, I, II, 334).

bitore. Al terzo possessore non si trasmette il precetto, ma gli si notifica, con intimazione di rilasciare o pagare, il precetto trasmesso prima al debitore (cit. art. 2014 capov. cod. civ.); al terzo possessore non si notifica il titòlo in forma esecutiva, che tale non è riguardo a lui (art. 706 cod. proc. civ.). Egli non è tenuto in virtù di questo titolo, ma in ragione della ipoteca che grava il fondo, e se agli atti che si depositano per fare autorizzare la vendita deve aggiungersi l'atto di notificazione del precetto fatto al debitore (art. 706 cit. capov. primo n. 1), se nel bando di vendita deve essere espresso il suo nome e la data della notificazione a lui fatta (art. 706 cit. capov. primo n. 2), ciò non impedisce che la esecuzione sia principalmente diretta contro il debitore: tanto vero, che mentre il debitore non può offrire all' incanto, salvo che sia erede con benefizio d'inventario (art. 673 cod. proc. civ.), il terzo possessore non è escluso dal far uso di tale facoltà (art. 706 cit. capov. ultimo).

In tutto il resto la spropriazione contro il terzo possessore non differisce dalla ordinaria; le norme stabilite per questa valgono per quella, stante il richiamo espresso contenuto nel citato art. 706 cod. proc. civ.

675. È stato giustamente osservato che la intimazione la quale accompagna la notificazione al terzo possessore del precetto fatto al debitore, non è in sostanza che una diffida trasmessa al terzo perchè si decida per uno dei vari partiti che sono in suo potere, sotto minaccia di vedersi altrimenti espropriato dell' immobile di cui si è reso acquirente (1). Per decidersi ha un termine di trenta giorni, prolungato a quaranta dall'art. 2041 cod. civ., ove il partito da lui scelto sia la istituzione del giudizio di purgazione.

Tale essendo lo scopo della intimazione, fu osservato dal ci-

(1) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XXXI, n. 3.

tato scrittore, che essa può essere formulata con termini equipollenti, tali che racchiudano ed esprimano il contenuto di una messa in mora del terzo; e su ciò nulla è da dire; ma non saremmo egualmente d'accordo intorno agli esempi che lo scrittore stesso dà di questa equipollenza, dicendo che « l'atto sarebbe « egualmente valido se, invece di rilasciare o di pagare, ingiun- « gesse al terzo soltanto di pagare, o soltanto di rilasciare, o « tutto insieme di pagare, di rilasciare e di purgare ». In quest'ultimo caso non vi sarebbe dubbio intorno alla validità dell'atto, che contiene tutto quello che dalla legge è richiesto e qualche cosa di più; ma non così negli altri casi, perchè la semplice intimazione di rilasciare, non accompagnata da quella di pagare, come quella di pagare non susseguita o preceduta dall'altra, non sarebbero rispondenti al precetto della legge. Se poi l'atto ingiungesse al terzo di uniformarsi alle disposizioni degli articoli 2013, 2014 senza aggiungere ulteriori specificazioni, caso ancor questo configurato dal ricordato scrittore, non potrebbe elevarsi dubbio intorno alla sua validità, perchè sarebbe equipollente.

676. Il codice francese, imitato in ciò dalla maggior parte dei precedenti codici italiani, accordava al terzo possessore un *beneficium excussionis* di cui non si ha più traccia nel diritto vigente (1), che

---

(1) Cod. francese art. 2170: « Ciò non ostante il terzo possessore che « non è obbligato personalmente per il debito, può opporsi alla vendita del « fondo ipotecato, di cui gli è stato dato il possesso, quando vi restino altri « immobili ipotecati per il debito stesso, i quali siano posseduti dal prin- « cipale o principali obbligati, e può domandare la precedente escussione « secondo le forme stabilite nel Titolo *Delle fideiussioni*: durante tale escus- « sione si soprassiede dalla vendita del fondo ipotecato ». Identica era la disposizione del cod. napoletano, art. 2084; del cod. parmense, art. 2235; del cod. albertino, art. 2288; il regolamento pontificio mantenne il beneficio della escussione, escludendolo però nel caso in cui i beni posseduti dai principali obbligati fossero sottoposti ad ipoteche anteriori che ne eccedessero o ne assorbissero manifestamente il valore (art. 195). La legge toscana

ha abolito le ipoteche generali di fronte alle quali soltanto era concesso il diritto di cui si parla (1).

La domanda della preventiva escussione del debitore, o dei beni rimasti in suo possesso e ipotecati per sicurezza del credito, non potrebbe pertanto incontrar favore presso i nostri tribunali, che sarebbero obbligati a respingerla (2).

A ciò che ha d'ingiusto nella sua pratica applicazione il principio che nega al terzo possessore il benefizio della escussione, arreca efficace rimedio, nel sistema adottato nel nostro codice, l'art. 2022, concedendo, non soltanto il regresso contro il debitore, e perciò la escussione dei beni ipotecati rimasti nella sua proprietà, ma ancora la surroga nella ipoteca del creditore soddisfatto per la escussione dei beni alienati posteriormente alla trascrizione del suo titolo d'acquisto. D'altra parte il terzo possessore che subisce la esecuzione non può lagnarsi, perchè le ipoteche che danno diritto a tale escussione sono quelle anteriori alla trascrizione del suo titolo di acquisto; egli non può allegarne la ignoranza dal momento che erano iscritte e resultavano dai pubblici registri dell'ufficio ipotecario, e deve imputare a sè stesso il danno e le molestie che risente per avere acquistato un immobile ipotecato a favore altrui (3).

677. L'argomento che in questa materia presenta maggiori

---

lo ammetteva quando vi erano nel possesso del debitore altri beni ipotecati pel debito pel quale si procedeva contro il terzo possessore che si dimostrassero *« di facile e libera escussione »*. Il cod. estense, per primo fra i codici italiani, soppresse il benefizio, incompatibile col principio della indivisibilità della ipoteca: ed il suo esempio fu poi seguito dal legislatore italiano.

(1) Art. 2171 cod. fr.; PONT, *op. cit.*, XI, 1161.

(2) Cass. Napoli, 27 aprile 1867, *Legge*, VIII, I, 43. Sull'art. 2288 Cod. alb., Torino, 31 decembre 1866, *Giur. tor.*, IV, 88; sull'art. 2235 Cod. parmense, Parma, 17 aprile 1866, *Mon. trib. Mil.*, VII, 418.

(3) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*. II, 56.

difficoltà è quello relativo alla determinazione delle eccezioni che il terzo possessore può opporre contro la estensione dell' azione esecutiva promossa dal creditore iscritto contro il debitore.

Tali difficoltà però sono molto maggiori di fronte al codice francese, il quale, non regolando la materia con una disposizione espressa, costringe i suoi commentatori a ricorrere ai principii generali del diritto. Il codice albertino provvide con l' art. 2287 a colmare la grave lacuna, che era rimasta negli altri codici e nelle leggi ipotecarie dei vari Stati italiani, e la provvida disposizione fu conservata nel Codice vigente. Art. 2015: « Il terzo possessore che ha fatto trascrivere il suo contratto di acquisto e che « non fu parte nel giudizio in cui venne pronunziata la condanna « del debitore, se questa è posteriore alla trascrizione, è ammesso « ad opporre le eccezioni che non fossero state opposte dal debitore, purchè non siano meramente personali al medesimo. « Può anche, in tutti i casi, opporre le eccezioni che spetterebbero ancora al debitore dopo la condanna. Le eccezioni suddette « non sospendono però il corso dei termini stabiliti per la purgazione ».

La legge, ben si vede dal semplice esame della disposizione, considera due casi ben distinti; il caso cioè delle eccezioni che il debitore avrebbe potuto opporre per impedire la sua condanna, e che non oppose per negligenza o per collusione con il creditore, ed il caso delle eccezioni che spetterebbero al debitore anche dopo la sua condanna.

Nell' uno e nell' altro però il diritto del terzo possessore ad opporre le eccezioni di cui si tratta, è subordinato a condizioni comuni le quali devono essere esaminate preventivamente.

678. In primo luogo il terzo possessore non può opporre eccezioni di sorta per impedire o ritardare l' azione esecutiva del creditore iscritto se non ha fatto trascrivere il suo contratto d'acquisto. Soltanto con l' adempimento di questa formalità egli ac-

quista di fronte ai terzi la qualità giuridica di terzo possessore; in difetto di essa l' azione esecutiva è limitata al debitore, e la vendita coatta ha luogo in suo confronto, non ostante l'anteriore alienazione non trascritta. L' avere il possesso dell' immobile, l' averlo voltato nei registri censuari al proprio nome, non sarebbero circostanze atte a tener luogo della trascrizione e ad ovviare alla sua mancanza. È ben vero che la legge dà facoltà al terzo possessore d' istituire il giudizio di purgazione anche dopo la notificazione del precetto coll' intimazione menzionata nell' art. 2014, purchè nei venti giorni successivi faccia trascrivere il suo titolo d'acquisto (art. 2041 cod. civ.), ammettendo così che l'acquirente possa essere perseguitato dal creditore iscritto con l' azione ipotecaria anche prima di avere trascritto. Ma in tal caso la notificazione del precetto all'acquirente è per il creditore iscritto una facoltà, in quanto voglia diffidarlo a render conto dei frutti, o privarlo, con la nomina di un sequestratario, del possesso dell' immobile; ma non è un obbligo; egli può riconoscere il fatto dell' alienazione compiuta dal debitore, ma non è tenuto a farlo, e può agire contro di questo soltanto, perchè l' acquisto non produce alcun effetto di fronte a lui.

Perchè l' acquirente possa opporsi alla vendita coatta promossa dal creditore iscritto, occorre dunque in primo luogo che abbia veramente la giuridica condizione di terzo possessore, e non ha tale condizione se, per non avere trascritto il suo contratto, non ha diritto di essere considerato come acquirente di fronte ai terzi (1).

679. In secondo luogo il terzo possessore può opporre in ogni caso soltanto quelle eccezioni spettanti al debitore che non siano meramente personali al medesimo, quelle cioè che non attengono al debito, ma alla condizione soggettiva del debitore.

---

(1) Cass. Torino, 18 luglio 1866, *Giur. it.*, XVIII, I, 544; Trib. Ariano, 6 settembre 1877, *Gazz. Proc.*, XIV, 526.

Da questo punto di vista gli scrittori generalmente ammettono che il terzo possessore non può valersi delle eccezioni derivanti dalla incapacità del debitore, le quali considerano come inerenti alla persona di lui, argomentando dagli art. 1193, 1927. 1899 cod. civ., senza che osti il fatto che questo ultimo articolo parla soltanto del caso della minore età (1), perchè la estensione del principio agli altri casi d'incapacità discende dalla loro analogia e dal fatto che l'art. 1899 non fa che addurre un esempio senza limitare il principio al caso esemplificato (2).

Contro questa comune interpretazione dell'art. 2015 cod. civ. è insorto il chiarissimo autore del *Sistema ipotecario*, il Melucci, osservando che il significato con essa attribuito alla espressione « *eccezioni meramente personali al debitore* » non è accettabile, come quello che sovverte altri principii di diritto e mette la legge in contradizione con sè medesima. Lasciare arbitro il debitore, dice egli, di opporre o no al creditore ipotecario la eccezione della sua incapacità ad obbligarsi, col divieto al terzo possessore, che ha regolarmente acquistato l'immobile ipotecato, di opporla egli stesso nel suo interesse per far salvo il proprio acquisto, è come ammettere la conferma o ratifica di un atto annullabile in danno dei diritti dei terzi, contro l'espresso riservo che di cotali diritti fa l'art. 1309 del codice civile. Il terzo, egli continua, che ha acquistato validamente l'immobile, ipotecato nullamente dall'incapace, ha calcolato che questi farebbe valere un giorno la propria incapacità contro il creditore che lo richiedesse in giudizio del pagamento, onde, annullata la obbligazione, ve-

---

(1) Art. 1899 Cod. civ.: « La fideiussione non può sussistere che per una « obbligazione valida. Ciò non ostante può prestarsi la fideiussione per una « obbligazione la quale possa essere annullata in forza di una eccezione mera- « mente personale all'obbligato, siccome nel caso della minore età ».

(2) Pochintesta, *op. cit.*, II, 377; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 57; Ricci, *Dir. civ.*, X, 250.

nisse meno anche la ipoteca che ne è l'accessorio, ed essere così posto al sicuro dall' azione ipotecaria del creditore. Se il debitore non ha fatto il dover suo, non opponendo al creditore la sua eccezione, deve poterlo fare egli stesso. È in questo senso appunto che l'art. 1309, permettendo all' incapace di confermare tacitamente o espressamente l'atto da lui nullamente contratto, ed è un confermare l'atto annullabile il non opporre le eccezioni che lo possono far dichiarare inefficace, fa però salvi i diritti dei terzi. Azionati dal creditore in forza del titolo confermato, i terzi possono dunque opporgli quelle medesime eccezioni alle quali il confirmante, loro dante causa, ha rinunziato nel suo personale interesse. Osserva ancora l'egregio autore, che niuno dubita della opponibilità per parte del terzo possessore della eccezione di nullità della ipoteca derivante da vizio di consenso, errore, violenza, dolo, che non sia stata opposta dal suo alienante; e in ciò ravvisa una grave contradizione, perchè incapacità e vizio di consenso dànno luogo allo stesso rimedio (art. 1300 cod. civ.), al quale si rinunzia nello stesso modo, con la conferma o ratifica espressa o tacita (art. 1309 cod. civ.): dire che il terzo possessore può eccepire la nullità della ipoteca costituita dal suo alienante nel caso del vizio di mente, e non in quello della incapacità, è un distinguere dove la legge non distingue, mentre fa salvi i diritti dei terzi nell' uno e nell' altro caso.

Il Melucci non si dissimula le gravi obiezioni che possono farsi alla sua teoria, quella specialmente che ammettendola si viene à dare alla espressione « eccezioni meramente personali » contenuta nell' art. 2015 cod. civ. un significato sostanzialmente diverso da quello che il legislatore le ha attribuito, non solo nel citato art. 1899 cod. civ. e nell' art. 1927 dello stesso codice, ambedue riguardanti la fideiussione, ma ancora nell' art. 1193 in materia di obbligazione solidale: ma di ciò non si preoccupa troppo, osservando che il legislatore non definisce astrattamente in quelli

articoli cosa è la eccezione puramente personale al debitore, nè dice astrattamente che la incapacità del debitore rientra in questa categoria di eccezioni. La legge, dice egli, si limita a considerare negli articoli 1899, 1927 e 1193, a proposito degli speciali rapporti giuridici della fideiussione e della solidalità, la incapacità del debitore principale e del correo, quale una eccezione personale a costui nel senso di non permettere che contro il creditore possa farla valere un' altra persona, la persona, cioè, del fideiussore o dell' altro correo capace. Ma perchè una eccezione è personale in un dato rapporto giuridico, nel senso appunto che essa sia deducibile soltanto dalla persona da cui si origina, non deriva che in altro rapporto quella eccezione non possa non essere più personale, non possa cioè non essere opposta da persona diversa da quella in cui mette radice. Questo è, secondo l' autore, il caso dell' art. 2015, dove, nel rapporto giuridico che crea l'azione ipotecaria, cessa di essere personale di fronte al terzo possessore, quella eccezione d' incapacità, del debitore, che è a costui personale nel rapporto giuridico stabilito dalla fideiussione e dalla solidalità, di fronte al fideiussore e all'altro correo. Volendo poi assegnare le ragioni di questa diversità di trattamento, l' autore citato così si esprime: « Lo scopo stesso della fideiussione e della « solidalità esclude che il fideiussore e il correo capace possa op« porre al creditore la eccezione di incapacità del debitore princi« pale o dell' altro correo; perchè il fideiussore e ciascun correo « fa suo il rapporto obbligatorio col creditore, è, val dire, egli « stesso debitore. E lo è appunto per la maggior sicurezza del « creditore, il quale, temendo o prevedendo di non potere, per « uno o per altro ostacolo, essere pagato da quella sola data per« sona, chiede ed ottiene che un' altra o più persone si obblighino « a pagarlo per quel medesimo ed unico suo titolo di credito. E « quindi si comprende come il fideiussore e il correo non possano « opporre all' azione del creditore rivolta contro di essi, se non.

« o le eccezioni inerenti alla obbligazione obbiettivamente consi-
« derata, o le eccezioni che riguardano esclusivamente la loro
« propria persona, e non mai quelle che riguardano la persona
« del debitore principale o dell' altro correo. Ma il terzo posses-
« sore dell' immobile ipotecato invece, non ha mai assunto alcun
« obbligo e impegno verso il creditore, e quindi egli ha il diritto
« di difendere contro di lui in tutti i modi il suo acquisto, oppo-
« nendo tutte le eccezioni che poteva opporre il suo dante causa,
« l'unica persona che in fondo è responsabile del contenuto della
« obbligazione per la quale il creditore agisce. Fra queste ecce-
« zioni havvi quella d' incapacità a contrattare, e il terzo, *in
« nomine et ex capite debitoris*, se ne prevale così come di
« un' altra » (1).

680. Per quanto sia autorevole la opinione manifestata dal preclaro giurista, noi non crediamo di poterla sottoscrivere, specialmente perchè, intesa la espressione « eccezioni meramente personali al debitore » come egli la intende, ed esclusa dal novero di queste la incapacità, l' applicazione della legge si restringerebbe a pochissimi casi, i quali, piuttosto che vere eccezioni, sono mere facoltà di liberazioni proprie del debitore (2).

---

(1) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XXXII, n. 3.

(2) Infatti il MELUCCI in proposito così si esprime: « Noi dunque riteniamo che le eccezioni puramente personali al debitore di cui nell'art. 2015, « siano quelle soltanto il cui esercizio costituisca una facoltà esclusivamente « inerente alla sua persona e non eseguibile da altri. Il debitore ha stipulato « che alla scadenza, invece di pagare quella data somma per cui ha ipotecato « l' immobile, poscia venduto al terzo, si riserba il diritto di una *datio in solutum* di un certo oggetto, o dell' esecuzione di un suo lavoro o fatto, al « creditore che consente. Arrivata la scadenza il creditore chiede in giudizio « al debitore il pagamento della somma; ma questo, che può evitare la condanna dichiarando di prescegliere quell' altro mezzo di adempiere la sua obbli- « gazione, si lascia invece condannare come debitore puro e semplice della « somma. Il creditore allora agisce per la espropriazione dell' immobile a lui « ipotecato contro il terzo possessore; e questo non potrà a lui opporre quella

Prescindendo pure dal caso specialissimo dell'art. 1899 cod. civ., nel quale la incapacità derivante dalla minore età del debitore principale non si può opporre dal fideiussore precisamente perchè ha prestato la fideiussione in vista appunto della possibilità in cui il debitore si trovava di eccepire la nullità della sua obbligazione, e il creditore ha voluto premunirsi contro una eventualità siffatta, e contro il danno che sarebbe per derivargliene, noi pensiamo che alla espressione « eccezioni puramente personali al debitore », contenuta nell'art. 2015, non possa attribuirsi un significato diverso da quello che la espressione stessa ha indubbiamente negli art. 1193, 1927 cod. civ. Nel fatto di non essersi il terzo possessore dell'immobile ipotecato obbligato contemporaneamente al debitore, come si sono obbligati il fideiussore ed il correo, noi non sappiamo vedere una differenza così sostanziale da attribuire a lui l'esercizio di quelle eccezioni che questi non potrebbero spendere utilmente per paralizzare l'azione del creditore. Egli non si è obbligato, è vero; ma ha acquistato l'immobile gravato della ipoteca. Come può dirsi che egli ha dovuto e potuto fare assegnamento sull'esercizio dell'azione o dell'eccezione di nullità per parte del suo alienante? Dire che se questi non oppone la nullità al suo creditore *non fa il dover suo*, e che per questo il terzo acquirente deve poterla opporre in sua vece, è, a parer nostro, un disconoscere la realtà. Lo eccepire la nullità della propria obbligazione per difetto di capacità, è indubbiamente un diritto, ma non un dovere; ed è un diritto inerente alla persona alla quale l'eccezione spetta, perchè essa sola può giudicare della morale opportunità di valersi di questo rimedio, il cui esperimento utile lascia sussistere l'obbligazione na-

---

« *facultas solutionis* che gli poteva opporre, ma non gli ha opposto, il debitore: « perchè è materialmente impossibile che una persona diversa dal debitore « faccia ciò che questi non ha voluto fare e che dipende affatto dalla sua in- « coercibile volontà ».

turale di soddisfare il debito. Nè può dirsi che questo dovere il debitore che ha validamente alienato l'immobile ipotecato nullamente, lo abbia verso colui che se ne è reso acquirente: questi ha acquistato l'immobile gravato del vincolo; se è stato cauto, deve avere tenuto il prezzo in mano e con questo può purgare l'immobile o pagare il debito iscritto; in ogni peggiore ipotesi può liberarsi con il rilascio; se non è stato cauto, ed ha pagato, deve imputare unicamente a sè stesso il danno che risente; accordargli di eccepire la nullità della obbligazione, e per conseguenza la nullità della ipoteca, per la incapacità del debitore, quando il debitore non ha creduto di valersi di questo rimedio, ci sembra cosa assolutamente inammissibile.

Non ci arresta il riservo che a favore dei terzi è contenuto nell'art. 1309 cod. civ., di fronte agli effetti della conferma, ratifica o esecuzione volontaria; prima di tutto perchè l'acquirente non è terzo, ma avente causa dal debitore; in secondo luogo, e principalmente, perchè il non avere opposto la nullità quando si poteva opporre in via di eccezione, l'aver lasciato decorrere il tempo utile per farla dichiarare in via di azione, sono fatti giuridici che hanno gli stessi effetti della conferma, ratifica o esecuzione volontaria, in quanto importano decadenza dal diritto di far dichiarare la nullità dell'atto annullabile, ma non presentano gli stessi caratteri. Nell'art. 1309 cod. civ. il legislatore contempla il caso della conferma o ratifica espressa di un'obbligazione contro la quale la legge ammette l'azione di nullità, conferma e ratifica, che producono la rinunzia al diritto di valersi di questo rimedio; equipara poi alla conferma o ratifica espressa la conferma o ratifica tacita, consistente nella esecuzione volontaria; ma la decadenza derivante dal non aver fatto uso dell'azione non è una rinunzia, per quanto produca gli stessi effetti, e per conseguenza dalle parole « *salvi i diritti de' terzi* », contenute nell'art. 1309, non è lecito argomentare che il terzo possessore possa

eccepire la nullità della obbligazione del suo venditore derivante dalla incapacità di lui, dato che egli non abbia creduto di eccepirla.

Resta l' obbietto desunto dalla apparente contradizione rimproverata ai seguaci della comune opinione, i quali, pure escludendo che il terzo possessore possa eccepire la incapacità del debitore, ammettono poi che possa opporre la nullità della di lui obbligazione per vizio di consenso, errore, violenza, dolo. Ma questo obietto facilmente si combatte per poco che si ponga mente alla classica distinzione delle *exceptiones quae personae cohaerent* e di quelle *rei cohaerentes* (1); che l' eccezione del dolo e della violenza per Diritto romano fossero da annoverarsi fra quelle della seconda specie, non è a dubitare (2); che tali debbano considerarsi anco di fronte all' art. 2015 cod. civ., insieme a quella derivante dall' errore, non ci sembra da escludere, per la ragione che il terzo possessore ben può rilevare in questi casi, senza usare di un diritto strettamente inerente alla persona del debitore, che la ipoteca gravante l' immobile da lui acquistata è priva di effetto per la nullità della obbligazione che è destinata a garantire; la nullità è in questi casi oggettiva, non soggettiva; l' errore, sia esso di fatto o di diritto, cade sulla sostanza della cosa contrattata, o sulla causa che ha indotto a contrattare, e la vio-

(1) L. 7. D. *De exceptionibus* (XLIV, 1): « Exceptiones quae personae cu« jusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti re, quem socius habet « exceptionem, quod facere possit, vel parens, patronusve, non competit fi« dejussori, nec mariti fidejussor post solutum matrimonium datus in solidum « dotis nomine condemnatur, § 1. Rei autem cohaerentes exceptiones, etiam « fidejussoribus competunt, ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus « causa factum est ».

(2) L. 2 § L. D. *De doli mali et metus exceptione* (XLIV, 4): « Plane ex « persona ejus qui exceptionem obiicit, in rem opponitur exceptio; neque enim « quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris ».

lenza e il dolo hanno origine nel fatto dell' altro contraente, la cui situazione non può migliorare per trovarsi di fronte, non già chi ne fu vittima, ma un avente causa da lui (1).

681. Ciò premesso, veniamo adesso a parlare dei due casi contemplati nell' art. 2015. Incominciamo dal primo, parlando di quelle eccezioni che avrebbero potuto essere opposte dal debitore nel giudizio di condanna e non lo furono, sia per negligenza sia per connivenza col creditore.

È tassativo disposto di legge che il terzo possessore possa opporle egualmente, senza che gli nuoccia l' inerzia del debitore, purchè non si tratti di eccezioni meramente personali al medesimo, secondo il concetto superiormente espresso, e purchè egli non sia stato parte nel giudizio in cui la condanna venne pronunziata.

Se si tratta di eccezioni meramente personali, il terzo possessore non può opporle, perchè il solo debitore era giudice della opportunità di farlo; ma se il debitore le avesse opposte, e fossero state accolte, il terzo possessore potrebbe invocarle per far respingere l' azione del creditore, perchè la nullità della ipoteca sarebbe una conseguenza necessaria della nullità della obbligazione ammessa sulle istanze di chi aveva diritto di farla dichiarare.

Se poi il terzo possessore era stato parte nel giudizio in cui la sentenza venne pronunziata, evidentemente non gli spetterebbero altrimenti le eccezioni che il debitore non oppose, perchè avrebbe dovuto opporle in quel giudizio: la sentenza pronun-

---

(1) Bene ha compreso ciò il Borsari (*Commento*, § 4253) il quale in proposito così si esprime: « Le eccezioni del debitore se non gli siano meramente personali, competono in tal caso al terzo possessore. Sono comuni « quelle dell' errore, della violenza e del dolo, e così ogni altra riguardante « il consenso, quantunque d' ordine individuale, perchè infirma il principio « della obbligazione e distrugge la sostanza del contratto: il vizio insomma è « inerente alla cosa ».

ciata nel medesimo farebbe stato anche di fronte a lui, ed egli non potrebbe insorgere contro la medesima se non nei termini e nei modi di legge.

Occorre inoltre che le eccezioni che il terzo possessore rimasto estraneo al giudizio di condanna si propone di opporre, non siano state opposte in questo giudizio dal debitore: se fossero state accolte, il terzo possessore non avrebbe bisogno di opporle di nuovo, ma potrebbe valersi del giudicato esistente per paralizzare l'azione esecutiva del creditore; se fossero state opposte, e fossero state rigettate, non potrebbe risollevare una questione risoluta contrariamente al suo dante causa. Non varrebbe obiettare che non si tratta di eccezioni meramente personali al debitore; il non avere questo carattere, dà diritto al terzo possessore di opporle quando il debitore non lo abbia fatto; ma se sono state opposte dal debitore, non vi è ragione alcuna di rinnovare un giudizio già esaurito e di risollevare una questione risoluta, salvo il caso della opposizione di terzo secondo gli articoli 510 e seg. cod. proc. civ. (1).

Rientrano fra queste eccezioni quelle anzi tutto di nullità della obbligazione per causa diversa dalla incapacità, secondo i concetti superiormente espressi; vengono in secondo luogo tutte quelle che attengono alla estinzione della obbligazione per causa diversa della nullità: pagamento, novazione, rimessione del debito, compensazione, confusione, perdita della cosa dovuta, effetto della condizione risolutiva e prescrizione (art. 1236 cod. civ.); vengono in terzo luogo quelle qualità accidentali del negozio giu-

(1) Il PACIFICI-MAZZONI (*op. cit.*, II, 58), afferma che se la eccezione è stata respinta solo in prima istanza, il terzo possessore può interporre appello. Se il terzo possessore era intervenuto nel giudizio, non ci sembra che possa contrastarsi questa soluzione; ma nel caso contrario non ci sembra che sia da accogliersi senza disconoscere la natura dell' appellazione. La opposizione di terzo è in questo caso il rimedio di legge.

ridico che rendono inesigibile il credito prima che un avvenimento incerto o futuro si verifichi (condizione sospensiva) o prima che passi un determinato periodo di tempo (termine).

La giurisprudenza ha pochi casi di applicazione del principio stabilito dall'art. 2015 cod. civ. a questo riguardo, specialmente perchè è raro il caso che l'azione ipotecaria spiegata contro l terzo possessore debba essere preceduta dal giudizio di cognizione nel quale si fa luogo alla condanna; il creditore che ha ipoteca, ha nella sentenza in virtù della quale ha potuto inscriverla, se giudiziale, o nell'atto con il quale è stata costituita, se convenzionale, il titolo esecutivo con il quale agisce direttamente contro il debitore con la notificazione del precetto, estendendo poi l'azione esecutiva contro il terzo possessore con la notificazione dell'atto di cui all'art. 2014 capov. cod. civ. Il vero punto di vista della questione, non consisteva nel considerare le eccezioni spettanti al debitore, e per conseguenza al terzo possessore, nel giudizio di condanna, e quelle sopravvissute a questo giudizio: si doveva considerare invece quali eccezioni spettano all'uno e all'altro in sede esecutiva, decidendo essere quelle che possono dar luogo alla opposizione al precetto e agli atti successivi della procedura di espropriazione. Non sarebbero diverse le conseguenze, ma la disposizione della legge sarebbe stata, se concepita in questi termini, di più conforme alla realtà delle cose.

Vi sono tuttavia decisioni riguardanti l'eccezione di pagamento (1),

---

(1) Torino, 30 giugno 1875, *Giur. tor.*, XII, 551. La corte disse che questa eccezione deve essere provata immediatamente, non con incombenti di lunga indagine che servano a ritardare la esecuzione. Ciò prova che per la natura delle cose il terzo possessore è condotto, contrariamente alla ipotesi configurata della legge, a far valere le eccezioni del debitore in sede esecutiva. Nel giudizio di condanna la eccezione del pagamento può provarsi con qualunque mezzo, anco di lunga indagine, senza che il creditore possa lagnarsene. Nello stesso senso può osservarsi che la corte d' appello di Genova nella

la prescrizione estintiva del debito (1), la sua insussistenza (2) e il *pactum de non petendo* stipulato col debitore (3).

Il caso che il termine non sia decorso dà luogo a qualche difficoltà quando il creditore si faccia egualmente a ripetere il pagamento del suo credito, invocando la insolvenza sopravvenuta del debitore. Potrà in tal caso il terzo possessore valersi dell'eccezione del termine? Noi non lo crediamo. Il passaggio del fondo al terzo possessore non può rendere deteriore la condizione del creditore iscritto: dal momento che questo è nel diritto di esigere dal debitore il pagamento del suo credito, è nel diritto di esigerlo con l'azione ipotecaria dal terzo possessore. Questi può valersi della eccezione del termine fino a che spetta al debi-

---

sentenza del 6 agosto 1875 (*Giur. it.*, XXVII, I, II, 798) ebbe a decidere che quando il terzo possessore non impugna l'intero credito, ma solo una parte, l'esecuzione immobiliare non può essere impedita e l'economia dei giudizi vuole che la questione sia rimandata al giudizio di graduazione. Se ciò è da un lato conforme al principio che la esecuzione intrapresa per somma maggiore di quella realmente dovuta non è nulla, ma riducibile, prova dall'altro la verità di quello che da noi si affermava nel testo, che cioè il legislatore non si è posto, nell'art. 2015 cod. civ., nel vero punto di vista della questione. Nel giudizio di condanna la eccezione di estinzione parziale del debito reclamato è pregiudiciale, trattandosi precisamente di determinare la somma realmente dovuta e di limitare a questa la condanna del debitore.

(1) Casale, 15 marzo 1875, *Giur. it.*, XXVII, 1, 496.

(2) Venezia, 3 maggio 1877, *Temi Ven.*, III, 237.

(3) Bologna, 5 giugno 1882, *Riv., giur. Bol.*, X, 185; Casale, 16 luglio 1892, *Giur. casal.*, 1892, 614. Riguardo a quest'ultimo il Pacifici-Mazzoni (*op. e loc. cit.*) fa una distinzione fra la eccezione del termine (*dies obligationis nondum venit*), che dice opponibile dal terzo possessore, e quella derivante da una dilazione di favore concessa al debitore o da un *pactum de non petendo* puramente personale, che ritiene non opponibile. Noi siamo di avviso che tale distinzione non possa farsi. Se il credito non può ripetersi contro il debitore, come può ripetersi contro il terzo possessore al quale si estende l'azione esecutiva promossa contro il primo?

tore, non può valersene altrimenti quando ha cessato di spettargli (1).

682. Venendo adesso al secondo caso, al caso cioè delle eccezioni che spetterebbero al debitore dopo la condanna, diciamo che queste sono quelle che la condanna non giunge a dirimere, e che possono essere opposte anche in sede esecutiva.

Prima fra tutte; quella di estinzione della obbligazione per via di pagamento, compensazione, prescrizione: e più generalmente, per fatti sovravvenuti alla condanna o non pregiudicati da questa. Provata la insussistenza del debito, l'azione ipotecaria viene ad essere troncata nella stessa sua base.

In secondo luogo la illiquidità del credito: se per esempio il debitore fosse stato condannato a un risarcimento di danni in genere, e in base alla sentenza di condanna fosse stata iscritta la ipoteca giudiziale per somma determinata ad arbitrio del creditore, questi non potrebbe indubbiamente agire in via esecutiva contro il terzo possessore che avesse acquistato l'immobile gravato di quel vincolo. Se agisse, spetterebbe al terzo possessore la eccezione della illiquidità, ed egli avrebbe anche il diritto di intervenire nel giudizio di liquidazione per far ristringere il risarcimento entro giusti limiti.

Finalmente le eccezioni che sono atte a togliere efficacia al

---

(1) Osserva a questo riguardo il Pacifici-Mazzoni (*op.* e *loc. cit.*) che questa è una conseguenza del fatto che la ipoteca è un accessorio del credito; resa esigibile la obbligazione principale per la scadenza del termine, o per altro motivo, l'azione ipotecaria può essere posta in movimento. Concordiamo pienamente in questa osservazione: non però nell'altra che fa il citato scrittore con le seguenti parole: « Finalmente ricordiamo che il terzo possessore « non può mai, per la lettera e per lo spirito dell'articolo 2015, opporre al- « cuna eccezione che non possa essere opposta anche dal debitore ». Ciò non è esatto. Il terzo possessore può opporre, oltre le eccezioni proprie del debitore di cui al citato articolo, quelle ancora che sono inerenti alla sua condizione giuridica, come sarà dimostrato più oltre.

precetto notificato al debitore, come ad esempio la perenzione di cui all'art. 566 cod. proc. civ.

In applicazione del principio sancito nel capoverso dell'art. 2015 cod. civ. fu deciso che il terzo possessore il quale ha fatto trascrivere il suo contratto d'acquisto, e non è stato parte nel giudizio di cognizione nel quale venne pronunciata la condanna del suo dante causa, può eccepire in sede esecutiva essere incorso errore nel condannare il medesimo a una rivalsa maggiore di quella effettivamente promossa con garenzia ipotecaria sul fondo acquistato (1). Noi però crediamo che non sia questo il vero significato da darsi alla disposizione in esame. Il debitore non potrebbe certamente opporre quella eccezione; la cosa giudicata nascente dalla sentenza di condanna sarebbe a lui di ostacolo; ma se non potesse opporre quella eccezione il debitore, non può opporla il terzo possessore, perchè la legge parla di eccezioni che spetterebbero ancora al debitore dopo la condanna. A prescindere dalle irregolarità di procedura, come la mancanza o la perenzione del precetto, la illiquidità del credito, il difetto di titolo esecutivo e simili, queste eccezioni non possono consistere in altro che in fatti sopravvenuti, i quali tolgono al creditore, non ostante la ottenuta condanna, il diritto ad agire. Ciò è spiegato alla evidenza dal Melucci del quale vogliamo riportare le precise parole: « Soggiunge il capoverso dell' art. 2015 che il terzo possessore può « in tutti i casi opporre le eccezioni che spetterebbero ancora al « debitore dopo la condanna. Quindi se *dopo la condanna* il de« bitore ha pagato, o è divenuto creditore del suo creditore, o « ha fatto con lui una transazione, o ha prescritto il suo debito. « il terzo possessore può, *ex capite et ex nomine debitoris,* opporre « all'azione ipotecaria del creditore la eccezione *de soluto,* di com« pensazione, di transazione, di prescrizione. In tutti i casi, di-

(1) Palermo, 12 febbraio 1881, *Circ. giur.*, XVIII, 17.

« ce la legge: concorrano cioè, o no, le condizioni che a tenore « della prima parte dell' art. 2015 sono necessarie onde il terzo « possa dedurre le eccezioni spettanti al debitore prima della con- « danna, e dal debitore non dedotte. Quindi il terzo possessore « può opporre la eccezione di eseguito pagamento anche quando « la condanna del debitore sia anteriore al suo titolo di acquisto, « o, essendo posteriore, il terzo sia intervenuto nel giudizio in « cui fu pronunziata la condanna del debitore » (1).

683. L' art. 2015 cod. civ. ha il preciso obiettivo di dichiarare quali delle eccezioni spettanti al debitore possono essere opposte dal terzo possessore; ma non esclude che il medesimo possa opporre quelle eccezioni che gli sono proprie, le quali, essendo egli estraneo al debito, non possono riguardare che la ipoteca, o l'esercizio dell'azione derivante dalla medesima.

Egli può opporre pertanto le eccezioni a lui stesso personali; tal sarebbero la eccezione di nullità della ipoteca, o della iscrizione destinata a conservarla, o la mancanza di rinnovazione in tempo utile (2); tali sarebbero ugualmente la irregolarità della notificazione dell' atto d' intimazione di cui all' art. 2014 capov. cod. civ. (3), come se, essendo egli minore, o interdetto per infermità di mente, la notificazione non fosse stata fatta al suo legittimo rappresentante.

Il terzo possessore può anche opporre la eccezione di garenzia, fondata sulla massima « *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* »; come se il creditore ipotecario fosse divenuto erede dell' alienante, che avesse prima costituito sull' immobile alienato una ipoteca per sicurezza del debito altrui; se l'alienante fosse stato il debitore, e il creditore fosse divenuto suo

---

(1) *Op. cit.*, Lez. XXXII, n. 5.

(2) Torino, 25 marzo 1878, *Giur. tor.*, XV, 365.

(3) Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXII, n. 7.

erede e il credito fosse rimasto estinto per confusione; ma se fosse stato un semplice datore d'ipoteca pel debito altrui, ricorrerebbe la eccezione sopra accennata. Infatti il creditore non potrebbe agire in questo caso ipotecariamente contro il compratore, perchè, come erede del venditore, sarebbe obbligato a garentirlo della evizione della cosa venduta; sarebbe infatti assurdo che egli, come creditore ipotecario, potesse provocare quella stessa evizione di cui, come erede del venditore, sarebbe responsabile (1).

Altre eccezioni non spettano al terzo possessore secondo il diritto vigente: non in particolare la eccezione di liberazione accordata al fideiussore dall' art. 1928 cod. civ. nel caso in cui la surrogazione di esso nelle ipoteche e nei privilegi spettanti al creditore non può aver luogo per fatto di quest' ultimo (*exceptio cedendarum actionum*): si tratta infatti di un diritto singolare, che non può estendersi al caso non contemplato dal caso contemplato dal legislatore. Il terzo possessore è protetto dall' art. 2087 cod. civ. il quale fissa nettamente i limiti assegnati dalla legge a tale protezione. Neppure potrebbe il terzo possessore eccepire la priorità di una sua ipoteca che assorbisse l' intero valore dell' immobile ipotecato. Si è tentato in Francia di far prevalere la opinione contraria, ispirata a motivi di manifesta equità (2), e desunta dalla regola romana per la quale soltanto il creditore primo iscritto aveva diritto di far vendere (3); ma nel diritto vigente, manca, come manca nel diritto francese, un testo di legge su cui appoggiarla (4).

Ricordiamo per ultimo non competere al terzo possessore il diritto di esigere la preventiva escussione dei beni rimasti in pro-

---

(1) Melucci, *op.* e *loc. cit.*

(2) Troplong, *op. cit.*, 795; Grenier, *op. cit.*, II, 343.

(3) L. 12, D. *Qui potior. in pignor.* (XX, 4).

(4) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 60; Melucci, *op. cit.*, Lez. XXXII, n. 9.

prietà del debitore, o alienati posteriormente: questo diritto, incompatibile col principio della indivisibilità della ipoteca, non è ammesso nella legislazione nostra, la quale, avendo abolito in modo assoluto le ipoteche generali, non ne ha sentito il bisogno.

684. Le eccezioni che il terzo possessore oppone *ex nomine et capite debitoris* non sospendono il corso dei termini stabiliti per la purgazione. Il corso dei termini, dice la legge, non il giudizio; da ciò si argomenta che trascritto nel termine di cui all'art. 2041 il contratto d'acquisto, iscritta la ipoteca legale a forma dell' art. 2042, fatte le notificazioni e la inserzione di cui agli articoli 2043 e 2044 cod. civ., il giudizio di purgazione dovrà restare necessariamente sospeso in attesa dell' esito del giudizio di opposizione alla condanna richiesta dal creditore o al precetto da lui trasmesso. Se però altro creditore contro del quale non potessero valere le eccezioni di sostanza o di forma opposte al creditore istante domandasse e ottenesse la surroga a forma dell' art. 735 cod. proc. civ., il giudizio di purgazione ripiglierebbe il suo corso.

Dal principio che le eccezioni spettanti al debitore non sospendono, se opposte dal terzo possessore, il corso dei termini stabiliti per la purgazione, si desume che sospendono invece il corso di quelli stabiliti per la spropriazione.

Il giudizio di spropriazione contro il terzo possessore è retto infatti dalle norme ordinarie del giudizio di spropriazione contro il debitore: soltanto non è richiesta la notificazione del titolo esecutivo. Si applica pertanto a quello speciale giudizio anco il principio che la opposizione al precetto, se proposta nel termine assegnato col medesimo, sospende la esecuzione (art. 660 cod. proc. civ). La spropriazione contro il terzo possessore rimarrà quindi sospesa di diritto, tanto se al precetto avrà fatto opposizione il debitore, quanto se il terzo possessore si renderà opponente egli stesso.

Che se il terzo possessore si rendesse opponente alla intimazione fattagli da un creditore iscritto, a norma dell' art. 2014 cod. civ., la decorrenza dei termini per istituire il giudizio di purgazione rimarrebbe forzatamente sospesa dalla opposizione stessa. Non sospendono questi termini le eccezioni spettanti al debitore, che il terzo possessore oppone in luogo e vece di lui; li sospendono adunque, per la ragione dei contrari, quelle che in proprio nome il terzo possessore avesse diritto di opporre ed opponesse in realtà. Si supponga infatti che il terzo possessore eccepisse la nullità della ipoteca in forza della quale il creditore lo ha intimato a rilasciare o pagare, o la nullità di questa intimazione per vizio di forma: come si potrebbe dire decaduto dal diritto d' istituire il giudizio di purgazione fino a che questa eccezione non fosse eliminata? Se fosse accolta, non vi sarebbe altrimenti bisogno d' istituire il giudizio: se fosse rigettata, i termini ripiglierebbero il loro corso dal giorno della notificazione della sentenza di rigetto.

SEZIONE VI

NORME COMUNI AL RILASCIO E ALLA VENDITA ALL'INCANTO.

SOMMARIO

685. Premessa — 686. Riviviscenza delle ipoteche e degli altri diritti reali che spettavano al terzo possessore prima del suo acquisto — 687. Considerazioni speciali alle ipoteche — 688. Servitù ed altri diritti reali. Esame del caso delle servitù attive — 689. Applicazione della regola dell' art. 2017 cod. civ., alla vendita all' incanto — 690. Risarcimento dei danni cagionati all' immobile per colpa grave — 691. Significato di questa espressione — 692. Epoca nella quale il diritto al risarcimento può farsi valere — 693. Diritto alla separazione del valore dei miglioramenti — 694. Natura di questo diritto. Giustificazione del principio relativo — 695. Le spese di conservazione non sono rimborsabili — 696. Il diritto alla separazione non spetta a chi, essendo obbligato personalmente, non

è terzo possessore — 697. Onere della prova. Mezzi ammissibili — 698. Conseguenze del deprezzamento verificatosi nell' incanto — 699. Il terzo possessore non ha il diritto di ritenzione — 700. Obbligo di rappresentare i frutti percetti — 701. Da quando ha effetto nei vari casi — 702. Regresso contro l' autore — 703. Acquirente a titolo gratuito — 704. Surroga speciale accordata al terzo possessore — 705. Applicazioni pratiche del principio. Sua coesistenza con le norme ordinarie della surrogazione per pagamento.

685. È tempo adesso di scendere a parlare degli effetti comuni al rilascio e alla vendita all'incanto compiuta in pregiudizio del terzo possessore, effetti già enumerati da noi parlando del rilascio, ma rinviati a questa sede (sopra n. 671).

Questi effetti, che si verificano non soltanto in caso di spropriazione contro il terzo possessore, ma anche quando questi ha istituito il giudizio di purgazione, e l'incanto ha luogo perchè un creditore iscritto ha richiesto l'incanto uniformandosi all'art. 2045 cod. civ., meritano speciale considerazione.

686. Seguendo l' ordine del codice, viene primo, fra questi effetti, quello di cui è parola nell' art. 2017 cod. civ.: « Le ser« vitù, le ipoteche e gli altri diritti reali, che spettavano al terzo « possessore sopra l'immobile, rivivono dopo il rilascio da lui fatto, « o dopo la vendita all' incanto contro di lui seguìta, come gli « spettavano prima del suo acquisto ».

Molto si è discusso sulla disposizione di questo articolo e del corrispondente art. 2177 del codice francese, disposizione che costituisce una eccezione alle norme ordinarie del diritto ipotecario. Anzi tutto, come possono rivivere, dopo il rilascio, le servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali che spettavano al terzo possessore prima del suo acquisto, mentre egli conserva la proprietà dell' immobile rilasciato fino al momento dell' aggiudicazione? Per ammettere ciò, sembra sia giuoco forza ritenere che il legislatore abbia voluto dare all'aggiudicazione avvenuta a favore altrui effetto retroattivo, come se il terzo possessore che ha fatto il ri-

lascio non fosse stato mai proprietario dell' immobile rilasciato; ma se così fosse, come si spiegherebbe l' altro principio, che il legislatore francese proclama nello stesso articolo 2177 al capoverso, e che il legislatore nostro ha espresso invece nel capoverso dell' art. 2016, dichiarando che il rilascio non pregiudica alle ipoteche costituite dal terzo possessore e debitamente iscritte?

Sembrano queste, sarebbe inutile il nasconderlo, due manifeste contradizioni con i principii fondamentali del diritto ipotecario. Da un lato si ha che il terzo possessore rilasciante, il quale conserva la proprietà fino al momento dell' aggiudicazione, vede risorgere a suo profitto i diritti reali che gli spettavano prima del suo acquisto sull' immobile rilasciato, contrariamente al principio che non può darsi servitù, ipoteca, o altro diritto reale sopra la cosa propria; si ha dall' altro lato la contradizione che colui il quale per cotesta reviviscenza dei suoi diritti, e per l'effetto retroattivo accordatole, si considera come se non fosse stato mai il proprietario dell' immobile rilasciato, ha ciò non ostante potuto validamente gravarlo d' ipoteche a favore de' terzi, i quali sono ammessi a far valere il loro diritto sull'avanzo che può spettargli, o sul valore dei miglioramenti che esso è nel diritto di separare.

Ma queste contradizioni, se pure possono dirsi tali in realtà, sono contradizioni necessarie, fondate su evidenti ragioni di equità, rese indispensabili dalla situazione speciale del terzo possessore.

Anzi tutto per trovare la spiegazione del fenomeno giuridico del quale parla l' art. 2017 cod. civ., non vi è bisogno di ricorrere alla efficacia retroattiva dell' aggiudicazione; le ipoteche rivivono dopo il rilascio a favore del terzo possessore, ma soltanto con l'aggiudicazione avvenuta a favore altrui spiegano il loro effetto utile, che è la collocazione del credito con esse garantito; di ciò non possono lagnarsi i creditori posteriori, iscritti, come il terzo possessore, contro i proprietari precedenti; ognuno conserva il

suo grado, e gli altri creditori non hanno di che muovere lamento, poichè ritrovano l' immobile gravato dagli stessi oneri che vi erano impressi al momento in cui furono iscritte le loro ipoteche (1); quanto alle servitù e agli altri diritti reali diversi dalla ipoteca, la cosa è anche più evidente, ed è più facile escludere il concetto della retroattività: infatti il terzo possessore che rilascia l'immobile, si priva volontariamente del possesso del medesimo, e può domandare egli stesso la nomina di un amministratore: anche prima che l'aggiudicazione avvenga, egli può dunque esercitare in confronto dell' amministratore i diritti reali che gli appartengono sull' immobile rilasciato, e che, pel fatto del rilascio, sono tornati a rivivere.

In secondo luogo osserviamo che, eliminato il concetto della retroattività dell' aggiudicazione, sparisce la contradizione. Nulla vieta infatti che dopo il rilascio tornino a rivivere i diritti reali spettanti al terzo possessore prima del suo acquisto, e che frattanto, finchè egli conservava la proprietà dell' immobile rilasciato, abbia potuto imprimervi delle valide ipoteche, le quali, se non sono pregiudicate dal rilascio, alla loro volta non pregiudicano alle ipoteche anteriormente iscritte e legalmente conservate contro i proprietari precedenti.

Sono anomalie necessarie, derivanti, ci piace ripeterlo, dalla situazione speciale del terzo possessore. Se questi ha sopra l' immobile da lui acquistato delle ipoteche o altri diritti reali anteriori al suo acquisto, l' acquisto da lui posto in essere non ne produce la estinzione definitiva di fronte ai creditori posteriormente iscritti; anteriormente all' acquisto degl' immobile egli aveva su di esso un diritto reale che la sua nuova situazione di acquirente non deve pregiudicare; egli non è debitore dell' intero prezzo, ma di quella parte che in virtù del suo diritto preesistente non era

---

(1) PONT, *op. cit.*, XI, 1214.

a lui devoluta: se resta proprietario, compensa col suo diritto anteriore all'acquisto la parte di prezzo a lui devoluta: è per ciò naturale che non restando tale, il suo diritto torni a rivivere (1). Se d'altra parte, nel tempo in cui fu proprietario, ha costituito delle ipoteche sopra l'immobile, o delle ipoteche sono state contro di lui validamente iscritte, qual meraviglia che queste conservino il loro valore, non ostante che abbia cessato di esserlo? Il fatto che egli fu proprietario non si cancella per questo; tali ipoteche valgono per quello che valgono: non pregiudicate dal rilascio, non pregiudicano ai creditori anteriori: ma se del prezzo dell'immobile una parte qualunque è devoluta a lui, è naturale e giusto che possano profittarne quelli fra i suoi creditori che vi hanno acquistato un diritto di prelazione.

687. Ciò premesso, esaminiamo più da vicino la disposizione dell'art. 2017 cod. civ.

La espressione « *rivivono* » adoperata nell'articolo, va posta, per ciò che riguarda le ipoteche, in relazione col principio della pubblicità. Le ipoteche rivivono, ma conservano il loro grado solo in quanto la relativa iscrizione non sia stata cancellata e sia stata debitamente conservata con la rinnovazione; se poi le ipoteche iscritte a favore del terzo possessore fossero state cancellate col suo consenso, o fossero state pregiudicate dal difetto di rinnovazione, potrebbero bensì venire nuovamente iscritte dal terzo possessore che ha fatto il rilascio, ma prenderebbero grado dalla nuova iscrizione e avrebbero perduto irremissibilmente il loro grado primitivo.

---

(1) Il Pacifici-Mazzoni (*op. cit.*, II, 64) illustra convenientemente il principio dell'art. 2017 cod. civ. ricorrendo alla massima degli antichi giureconsulti i quali dicevano revocabile il dominio in questi casi: « *Acquisitio dominii revocabilis non extinguit hypothecam vel servitutem* » e osserva col Voet (*Ad Pand.*, lib. II, tit. V) che « *ablato dominio, pristina jura redintegrantur* ».

Il principio vale non tanto per le ipoteche originariamente iscritte a favore di colui che si è di poi reso acquirente dell'immobile ipotecato, quanto per quelle nelle quali egli fosse stato surrogato di diritto per avere pagato, dopo il suo acquisto, i creditori iscritti (art. 1253 n. 2 cod. civ.). Questo articolo dispone infatti che ha luogo di diritto la surrogazione a vantaggio di colui che, avendo acquistato un immobile, fino alla concorrenza del prezzo del suo acquisto, paga uno o più creditori a favore dei quali il fondo è ipotecato: e poichè lo scopo della disposizione è il permettere al compratore la erogazione del prezzo del suo acquisto nel pagamento dei creditori aventi grado utile, è naturale che le relative ipoteche non si estinguano, ma passino nel compratore, perchè questi possa opporle ai creditori posteriori ai quali non poteva spettare, tenuto conto della entità del prezzo, utile collocazione. Anche queste ipoteche tornano a rivivere col rilascio dell'immobile; non varrebbe obiettare che vennero a spettare al terzo possessore dopo il suo acquisto, mentre la legge parla di quelle che gli spettavano prima che questo avesse luogo; erano iscritte anteriormente, benchè a favore altrui; l'essere in esse stato surrogato dopo l'acquisto, non può peggiorare, rispetto ad esse, la situazione del terzo possessore.

688. Non solo rivivono le ipoteche, ma rivivono ancora le servitù e gli altri diritti reali, per esempio i diritti di enfiteusi, di uso, di usufrutto. L'applicazione della legge in questa parte non può incontrare difficoltà, anche per la ragione suaccennata che l'esercizio di questi diritti diversi dalla ipoteca si concepisce dopo il rilascio e prima che avvenga l'aggiudicazione, come vero esercizio di un diritto sulla cosa altrui, dal momento che all'immobile rilasciato può essere nominato un amministratore.

Una difficoltà s'incontra piuttosto esaminando il caso inverso. I giureconsulti francesi opinano che per quanto l'articolo 2177 del loro codice, parli, come il nostro, soltanto delle servitù im-

poste sull' immobile a favore del terzo possessore prima che questi se ne rendesse acquirente, la disposizione debba estendersi, per giusta reciprocità, al caso inverso; e che per conseguenza, se avanti che il terzo possessore si rendesse acquirente dell' immobile che poi ha dovuto rilasciare, esistevano a favore di questo immobile delle servitù sugli altri suoi beni, tali servitù tornerebbero a rivivere a favore dell' aggiudicatario, dopo il rilascio che l' acquirente fosse stato costretto a fare (1).

La soluzione proposta non ci sembra accettabile, perchè non crediamo che possa invocarsi in una materia così eccezionale, il principio della reciprocità. L' art. 664 cod. civ., corrispondente all' art. 705 del codice francese, proclama in modo assoluto e incondizionato che qualsivoglia servitù si estingue riunendosi in una sola persona la proprietà del fondo dominante e quella del fondo servente. Il rilascio che si faccia poi del fondo dominante dal proprietario del fondo servente non può, in mancanza di una espressa disposizione di legge, essere considerato come atto a far rivivere la servitù. La servitù risorge nel caso dell' art. 662, per la disposizione espressa dell' art. 663 cod. civ.; ma risorge appunto in virtù di questa disposizione, e risorge perchè il cambiamento dello stato delle cose, che impedisce di esercitare la servitù, è atto a farla cessare piuttosto che ad estinguerla, mentre la estinzione deriva soltanto dal non uso trentennale che sia stato cagionato dalla forzata cessazione dell' esercizio della servitù: nulla di simile si legge nell' art. 664, ed è un aggiungere alla legge il supporre che la servitù passiva riviva per il fatto dell' aggiudicazione o del rilascio, mentre la legge non ne parla e limita alla servitù attiva la sua disposizione.

Per accogliere il principio di reciprocità proclamato dai ci-

(1) Pont, *op. cit.*, XI, 1215; Troplong, *op. cit.*, n. 843 bis; Martou. *op. cit.*, n. 1328.

tati scrittori, e la conseguenza che ne fanno derivare, bisognerebbe ammettere che l'acquisto di un immobile ipotecato è sottoposto a condizione risolutiva, e che, verificandosi il rilascio, questo retroagisce come la condizione; ma questo concetto, contradetto dal capov. dell'art. 2016 cod. civ., identico al capoverso dell'art. 2177 cod. francese, non è, a parer nostro, meritevole di accoglienza (1).

Sarebbe stato giusto ed opportuno proclamare il principio della reciprocità; ma non avendolo fatto il legislatore, non può farlo l'interprete, il quale non può supplire con la volontà propria al silenzio della legge.

689. Quello che, applicando l'art. 2017 cod. civ., abbiamo detto riguardo al rilascio, vale per il caso della vendita all'incanto seguìta contro il terzo possessore; avvenuta la vendita, rivivono le servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali che a lui spettavano prima del suo acquisto e soltanto per ciò che riguarda le ipoteche, la loro riviviscenza è subordinata alla condizione che siano state conservate legalmente.

Le parole « *vendita all'incanto* » contenute nell'articolo, comprendono tanto il caso della espropriazione intrapresa e condotta direttamente a termine contro il terzo possessore, quanto quello della vendita provocata su richiesta di un creditore iscritto, a

---

(1) Il Laurent (*op. cit.*, XXXI, 314 e seg.) non tratta la quistione: illustrando però il principio proclamato dall'art. 2177 cod. francese (art. 105 della legge belga) esclude nel modo il più reciso che possa parlarsi di risoluzione: « Pourquoi ces droits renaissent-ils par suite de l'expropriation du tiers « détenteur ? On a dit que le droit de propriété est résolu par la vente forcée, « de sorte que le tiers détenteur serait considéré comme n'ayant jamais été « propriétaire et, par conséquent, la confusion est censée ne s'être jamais « opérée. Cela n'est pas exact. L'expropriation forcée est une nouvelle vente; « or la revente ne resout les droits de l'acheteur: elle opère une nouvelle transmission de propriété ».

forma dell'art. 2045 cod. civ., al seguito del giudizio di purgazione dal terzo possessore istituito nei modi di legge.

In questo caso, come in quello, si ha sempre vendita all'incanto seguìta contro di lui, perchè egli è il proprietario dell'immobile ed è in suo confronto che ha luogo la espropriazione.

Trattandosi d'ipoteche che il terzo possessore volesse far rivivere a proprio favore, la mancanza di rinnovazione non potrebbe venirgli obiettata, quando il termine fosse venuto a scadere dopo i due momenti giuridici distinti contemplati nell'art. 2003 cod. civ. Iscritta la ipoteca legale di cui all'art. 2042 in caso di purgazione, e quella di cui all'art. 2089 in caso di spropriazione, l'obbligo della rinnovazione per conservare le precedenti iscrizioni cessa in modo assoluto, e riguardo a tutti, per il citato art. 2003. Il terzo possessore che fosse in pari tempo creditore iscritto potrebbe pertanto ottenere collocazione del suo credito invocando il grado ipotecario risorto a suo favore con la vendita all'incanto, senza che il difetto di rinnovazione potesse venirgli opposto, quando soltanto dopo la iscrizione della ipoteca legale avrebbe dovuto procedere all'adempimento di questa formalità. Allora il trentennio è come non fosse spirato, perchè l'iscrizione della ipoteca legale tiene luogo di rinnovazione e conserva alle ipoteche il loro grado.

690. Secondo effetto comune al rilascio e alla vendita all'incanto seguìta contro il terzo possessore, è l'obbligazione al medesimo imposta di risarcire i danni cagionati all'immobile per sua grave colpa in pregiudizio dei creditori iscritti (art. 2020 cod. civ.). Sembra a prima vista che questa obbligazione imposta al terzo possessore contrasti con la equità: se egli era divenuto proprietario dell'immobile ipotecato in virtù di un regolare titolo di acquisto, se come proprietario aveva diritto di disporre della cosa sua nella maniera più assoluta (art. 436 cod. civ.), come si può tenerlo responsabile dei danni arrecati all'immobile, sia pure

con colpa grave, mentre perdurava il suo diritto? Ma l'obietto, dato il sistema di pubblicità delle ipoteche, non è senza replica (1). Era proprietario, è vero, dell'immobile ipotecato, ma non ignorava il diritto di prelazione che sul prezzo di esso spettava ai creditori iscritti; era proprietario, ma aveva di fronte a questi creditori l'obbligazione di conservarne e rappresentarne il valore; se non ha adempiuto questa obbligazione, se ha cagionato con colpa grave il deterioramento dell'immobile, come potrebbe esonerarsi dal risponderne?

La giustificazione da noi data dell'articolo serve di commento alla disposizione contenuta nel medesimo. Il diritto al risarcimento è dato ai creditori iscritti che soli vi hanno interesse; non ai creditori chirografari, i quali hanno perduto ogni diritto con l'alienazione dell'immobile compiuta dal loro debitore; non al debitore, il quale per effetto della vendita ha diritto al prezzo stipulato, senza aver riguardo ai deterioramenti risentiti dall'immobile, sia per caso fortuito, sia per fatto dell'acquirente.

È dato ai creditori iscritti questo diritto di risarcimento, in

---

(1) Osserva in proposito il PONT (*op. cit.*, XI, 1199) che nell'antico diritto francese era proclamata la irresponsabilità del terzo possessore per i danni arrecati all'immobile anteriormente alla istanza di dichiarazione d'ipoteca rivolta contro di lui dal creditore ipotecario. « Le tiers détenteur, diceva il « POTHIER, ne peut être condamné à autre chose qu'au délais de l'héritage, « en l'état où il se trouve: il n'est point tenu des dégradations qu'il a faites « avant la demande; car il a pu negliger un héritage qui lui appartenait et « le dégrader ». Lo stesso diceva il LOYSEAU (*Deguerpissement*, V, cap. 14, n. 7 seg.) invocando il precetto delle L. 31, § 3, D. *de heredit. petit.*: « *Qui* « *quasi rem suam neglexit, nulli querelae subjectus est* ». Ma data la pubblicità della ipoteca, simile principio fu giustamente ripudiato dai legislatori moderni. Della domanda di dichiarazione della ipoteca, che costituiva in mala fede il terzo possessore, tien luogo la iscrizione esistente sui registri: il terzo possessore non può allegarne la ignoranza, e incorre per questo, e fino dal momento del suo acquisto, di fronte ai creditori iscritti, nella responsabilità di cui è parola nell'art. 2020 cod. civ.

quanto abbiano risentito un effettivo pregiudizio; che se ottengono egualmente pagamento dei loro crediti, non ostante il danno cagionato all' immobile dal terzo possessore, o se si prova che per le ipoteche anteriormente iscritte non avrebbero potuto ottenere pagamento neppure se il danno non fosse stato cagionato, manca il nesso logico di causa ad effetto e di risarcimento non può parlarsi in modo alcuno.

691. Il Codice francese parlava nell' art. 2175 di deterioramenti provenienti dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore, e concedeva soltanto per questi ai creditori ipotecari e privilegiati il diritto d' indennità (1). Il legislatore nostro ha limitato ai creditori iscritti il diritto al risarcimento, omettendo di parlare dei creditori privilegiati, i quali, essendo preferiti anche agli ipotecari, non possono non trovare pagamento sul prezzo dell' immobile per quanto sia stato danneggiato dal terzo possessore; e ha poi precisato meglio il concetto della responsabilità, restringendola ai danni cagionati all' immobile per grave colpa.

Quale potrà dirsi colpa grave? Non certamente la colpa così detta in astratto, consistente nella omissione della diligenza solita usarsi dal buon padre di famiglia. Sarà forse la colpa in concerto, cioè la omissione della diligenza che il terzo possessore è solito usare nella custodia delle cose proprie? Il confronto fra l' art. 1224 e l' art. 1843 cod. civ. sembra condurre forzatamente

---

(1) Disponevano nello stesso modo il cod. napoletano, art. 2069; il cod. albertino, art. 2293; il cod. parmense, art. 2241; il cod. estense; art. 2241; la legge toscana aveva pure nell' art. 128 una disposizione generica e vaga, parlando di deterioramenti imputabili al terzo possessore. Solo il regolam. pontificio, art. 198, si avvicinava al sistema adottato poi nel codice vigente parlando di dolo e di colpa lata: « Il terzo, che in virtù dell' azione ipotecaria « viene astretto a dimettere il possesso del fondo, non è tenuto ad alcuna « indennità per quelle deteriorazioni alle quali non ha dato causa il dolo o la « colpa lata da lui commessa ».

a questa soluzione, ma non sarebbe stato inutile nella relazione ministeriale qualche illustrazione, tenuto conto della novità della disposizione (1).

Colpa grave vorrà dire in ogni modo, e certamente, una negligenza veramente inescusabile e non facile a rinvenirsi nemmeno nelle persone poco curanti dei proprii interessi; esaminando i singoli casi, il magistrato determinerà se la colpa rimproverata al terzo possessore sia tale da indurre la sua responsabilità, tenendo conto anche dell'epoca in cui il deterioramento avvenne, perchè, notificato il precetto al terzo possessore, con la intimazione di rilasciare o pagare, è necessariamente resa più intensa la sua responsabilità di fronte ai creditori iscritti (2).

692. Per ciò che attiene all'epoca nella quale il diritto al risarcimento può farsi valere, sembra a noi che questa altra non possa essere che quella in cui si fa luogo alla collocazione dei crediti nel giudizio di graduazione; seguìta che sia la vendita all'incanto, preceduta o no dal rilascio del fondo, istituito o no il giudizio di purgazione rimasto senza effetto per la richiesta d'incanto per parte degli aventi diritto, si misura dal prezzo effettivamente ottenuto il danno cagionato all'immobile per colpa grave del terzo possessore. Allora soltanto si ha la prova del pre-

---

(1) Giustamente osserva il Pacifici-Mazzoni che le parole « *colpa grave* » non hanno nel codice un significato ben determinato (*op. cit.*, II, 65). Il Pisanelli nella sua *Relazione*, n. 205, si limita a dire: « Ma sia che il terzo « possessore rilasci l'immobile, sia che non lo rilasci senza pagare, egli sarà « tenuto a risarcire i danni cagionati al medesimo ».

(2) Melucci, *op. cit.*, Lez. XLII, n. 3. Questo scrittore dà alla parola *colpa grave* un significato anche diverso da quello di omissione della diligenza solita usarsi nelle cose proprie, ma non chiarisce il concetto, il quale del resto, disapplicando la distinzione dei citati articoli 1224, 1843 cod. civ., ai quali può aggiungersi l'art. 1808 dello stesso codice, non trova spiegazione nelle disposizioni positive della nostra legge.

giudizio, allora soltanto i creditori hanno per ciò diritto di domandare risarcimento al terzo possessore con l'azione personale.

Prima di questo momento potrebbe, di fronte a fatti di evidente malversazione o di manifesto abbandono, essere domandato, come rimedio preventivo, il sequestro dell'immobile; ma l'azione di risarcimento non sarebbe evidentemente ammissibile, perchè non è provato il pregiudizio risentito dai creditori; un pregiudizio soltanto temuto non potrebbe, a parer nostro, servire di fondamento ad un'azione personale di responsabilità.

È di opinione contraria il Melucci (1), il quale osserva nulla opporsi che i creditori ipotecari, anche prima d'intentare gli atti per la vendita, reclamino l'indennità dovuta dal terzo possessore in riparazione dei deterioramenti da lui arrecati all'immobile, perchè se essi non giudichino opportuno il momento per la subastazione, non hanno da aspettare intanto che il terzo possessore diventi insolvibile; ma noi non crediamo accettabile questa opinione; manca la prova del pregiudizio finchè non si conosce il prezzo di vendita all'incanto; e se non è provato il pregiudizio, come può parlarsi d'indennità?

693. Se da un lato il terzo possessore è tenuto a risarcire i danni cagionati all'immobile per sua colpa grave in pregiudizio dei creditori iscritti, ha diritto dall'altro di far separare dal prezzo la parte corrispondente ai miglioramenti da esso fatti dopo la trascrizione del suo titolo sino a concorrenza della minor somma che resulterà tra lo speso e il migliorato al tempo del rilascio o della vendita all'incanto (art. 2020 capov. cod. civ.).

È questa una importante eccezione al principio sancito nell'art. 1966 cod. civ., da noi ampiamente illustrato nel volume primo di questo trattato, allorquando ci facemmo a considerare la ipoteca nel suo oggetto (sopra n. 315 seg.). Già l'avvertimmo al-

---

(1) *Op. cit.*, Lez. XLII, n. 2.

lora, e ci piace ripeterlo; la ipoteca si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni, senza distinguere se siano opera dello stesso proprietario o di un terzo; ma fino da allora avvertimmo che questa estensione non si verifica nel caso speciale del terzo possessore che ha fatto dei miglioramenti dopo la trascrizione del suo titolo, e che ha diritto di separarne il valore (sopra n. 320) (1).

I miglioramenti fatti anteriormente alla trascrizione del titolo di acquisto non sono pertanto separabili a favore del terzo possessore; la ragione è data ottimamente dal Pisanelli nella sua relazione sul progetto del libro terzo del codice civile: « Non gli « compete neppure il diritto di far separare dal prezzo l'importo « dei miglioramenti che avesse fatti prima della trascrizione del « suo titolo, perchè è la trascrizione che lo rende terzo posses-

(1) Napoli, 18 luglio 1876, *Legge*, XVII, I, 374. La disposizione dell'art. 2020 capov. cod. civ. è più perfetta e più circostanziata di quella del cod. francese il quale nell' art. 2175 si limita a dire che « le tiers détenteur ne peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu' à concurrence de la plus value resultant de l' amelioration ». Se per ottenere un maggiore valore di 100 sono stati spesi soltanto 50, come avviene se si fa una coltivazione razionale, per esempio un vigneto, perchè il terzo pessessore deve avere diritto a 100 e non a 50? La formula del meno valore dei miglioramenti, « *avuto ragione dello speso e del migliorato* », è mutuata al Regolam. pontificio, art. 198, e al cod. albertino, art. 2293 in relazione al 2159 e al 2209, nei quali era accordato intorno a ciò un privilegio che doveva essere iscritto nel termine di un mese dal rilascio. Similmente disponeva la legge toscana art. 128 capov., art. 130. Del maggior valore parlavano, come il codice francese, il cod. napoletano, art. 2009, il cod. parmense, art. 2341 e 2228 e il codice estense art. 2241 e 2227. Gli scrittori francesi avevano avvertito la poca precisione del loro testo e lo interpretavano nel senso che la *plus-value* dovesse essere pagata soltanto quando la spesa effettivamente incontrata non rappresentava una somma minore: Persil, *sur l'art.* 2175; Troplong, *op. cit.*, 838; Martou, *op. cit.*, 1321; Pont, *op. cit.*, XI, 1207. Vi erano però delle decisioni contrarie, ed è utile che sia stata eliminata in proposito ogni questione.

« sore riguardo agli altri aventi diritto sull' immobile: soltanto « per essa possono competergli le ragioni che la legge riconosce, « non a qualsiasi costruttore che abbia fatto riparazioni o miglio- « ramenti, ma a chi riveste la qualità di terzo possessore. Con « tale disposizione viene promossa meglio la pubblicità che si « vuole ottenere con la trascrizione, poichè l' acquirente sarà più « sollecito a trascrivere il suo titolo » (1).

694. Il diritto di separazione di cui è parola in questo articolo non è un privilegio ma un vero diritto di condominio, perchè il legislatore considera il terzo possessore che ha fatto dei miglioramenti come un comproprietario dell' immobile a concorrenza dell' aumento di valore arrecato al medesimo, o della spesa fatta per arrecarlo. Questo diritto di comproprietà si trasferisce pel fatto della vendita dalla cosa sul prezzo secondo il noto principio *praetium succedit in locum rei,* ma non si trasforma per questo in un semplice diritto di credito, perchè la legge non parla di collocazione, ma di separazione, che è concetto giuridico sostanzialmente diverso.

Abolito il privilegio dei costruttori e architetti contenuto nei

---

(1) Sembra a taluno, per esempio al PACIFICI-MAZZONI (*op. cit.*, II, 69), che la disposizione dell' art. 2020 capov. cod. civ. in quanto richiede per la separabilità dei miglioramenti, che questi siano eseguiti dopo la trascrizione del titolo, sebbene in armonia con i principii giuridici, non sia conforme all'equità « imperocchè il negare al terzo possessore il diritto di percepire anche « in pregiudizio dei creditori iscritti un giusto compenso per i miglioramenti « eseguiti prima della trascrizione, il più delle volte equivale a togliergli qualunque speranza di ricuperare le spese fatte, e a permettere che i creditori « iscritti, con vero danno del terzo possessore, ricavino dalla vendita un prezzo « maggiore di quello che avrebbero ricavato se i miglioramenti non fossero « stati eseguiti ». In queste materie invano si fa ricorso all'equità. Chi acquista un immobile ipotecato non può ignorare il principio dell'art. 1966 cod. civ. Se pertanto vuol costruire su questo fondo, o altrimenti migliorarlo ed aumentarne il valore, deve prima essere cauto di tutelare il proprio interesse con la trascrizione del suo titolo.

precedenti codici, non vi era ragione di conservarlo pel caso speciale del terzo possessore, considerando il suo diritto come un semplice credito. Per ciò, mentre il codice francese parlava di diritto a ripetere le spese ed i miglioramenti fatti, il codice nostro per primo escogita e traduce in atto il concetto sostanzialmente diverso della separazione, che esclude il diritto di credito e sostituisce al medesimo il diritto di proprietà. Da questo diritto il terzo possessore è largamente protetto senza bisogno di ricorrere al privilegio, senza bisogno neppure di concedergli il diritto di ritenzione. Quella parte di prezzo che nel giudizio di graduazione sarà constatato con regolari perizie rappresentare il valore dei miglioramenti, a concorrenza della somma minore tra lo speso e il migliorato, appartiene al terzo possessore come frutto del suo lavoro e della sua industria: chi oserebbe contrastarglielo? (1).

Taluni, pure ammettendo che la regola dell'art. 2020 capov. cod. civ. ha fondamento nel principio niuno doversi arricchire in altrui danno (2), non trova giusta nè logica la regola stessa, ritenendo che l'aumento di valore cagionato dal terzo possessore coi lavori da lui fatti rappresenti un guadagno a lui spettante al quale i creditori non hanno alcun diritto (3); ma l'obiezione non è fondata: anche in Francia, dove la legge non contiene la formula «a concorrenza della minor somma tra lo speso e il migliorato» la soluzione derivante da questa formula si è forzatamente imposta, perchè conforme alla natura delle cose; quanto sarebbe ingiusto che i creditori iscritti non rimborsassero al terzo possessore, che per avere trascritto in suo titolo ha acquistato di fronte a loro tale qualità giuridica, quella parte della somma da lui

---

(1) Sulla natura privilegiata del diritto spettante al terzo possessore secondo il cod. albertino, cons. Casale, 20 novembre 1868, *Giur. it.*, XX, II, 863.

(2) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XLII, n. 4.

(3) MELUCCI, *op.* e *lez. cit.*, n. 5.

spesa che rappresenta per essi un vantaggio, altrettanto sarebbe contrario alla natura del vincolo ipotecario che il terzo possessore fosse ammesso a prelevare il loro pregiudizio dal valore dell'immobile quella parte dell'aumento di valore che è il portato della produttività sua: sia pure stato provocato questo aumento di valore con il lavoro e con l'industria del terzo possessore, quando egli è rimborsato della spesa incontrata non ha di che lagnarsi: che se poi l'aumento di valore arrecato al fondo è minore della spesa da lui incontrata per procurarlo, deve anche in tal caso contentarsi della somma minore, essendo giusto che egli, non il ceto creditorio, venga a soffrire dello sfortunato e male accorto impiego dei suoi capitali, economicamente distrutti e scomparsi per la parte che non corrisponde ad un effettivo aumento di valore.

Lungi dal meritare rimprovero, sembra a noi che meriti lode il legislatore, il quale, con la formula adoperata nell'art. 2020 capov. cod. civ., si è posto in una situazione media, atta a conciliare, per quanto era possibile, gl'interessi opposti dal terzo possessore e dei creditori iscritti sull'immobile da lui posseduto.

695. Dalla formula adoperata dal legislatore nell'art. 2020 capov. cod. civ., che parla soltanto di miglioramenti, e non ancora di spese, come gli articoli corrispondenti dei codici anteriori, si argomenta agevolmente che la distinzione romana delle spese necessarie, utili e semplicemente voluttuarie, non ha importanza alcuna nei rapporti speciali del terzo possessore con i creditori iscritti. Il terzo possessore non ha mai diritto a rimborso delle spese fatte intorno all'immobile, neppure se si tratta di spese necessarie di conservazione senza le quali l'immobile stesso sarebbe venuto a perire o a risentire un notevole e sostanziale deterioramento. Il diritto che il legislatore nostro riconosce al terzo possessore non è diritto di rimborso, ma di separazione; in tanto esiste, in quanto ha un oggetto proprio, separabile e riconosci-

bile, sul quale il terzo possessore può esercitare il suo diritto di dominio, lasciando inalterata l'azione ipotecaria sull'immobile come era per lo innanzi.

Si è detto in contrario che quando il terzo possessore, facendo del proprio le spese necessarie, ha salvato dalla rovina l'immobile da lui ritenuto, ha arrecato ai creditori iscritti un beneficio pari all'intero valore del fondo, e che giustizia esige che i creditori iscritti non possano, con danno del terzo possessore, percepire l'intero prezzo dell'immobile ed esimersi in pari tempo dal rimborsare le spese senza le quali l'immobile sarebbe venuto a perire (1); ma questa asserzione è priva di ogni importanza di fronte alla disposizione della legge, la quale diminuisce la somma distribuibile ai creditori iscritti, a profitto del terzo possessore, non in quanto hanno evitato un danno, ma in quanto risentirebbero un reale vantaggio, perchè si è verificato sull'immobile ipotecato un effettivo aumento di valore (2).

In questo senso è stato giustamente osservato che l'azione di rimborso accordata al terzo possessore, anco per le sole spese necessarie, *quae si factae non sint, res peritura aut deterior futura sit,* renderebbe incerto il credito fondiario, « che vivendo di sicurezza « non deve andare ricercando chi spende per conservare e restau- « rare l'immobile ipotecato » (3). L'osservazione è perentoria. Potrà in qualche caso la disposizione della legge resultare ingiusta, e anche odiosa, pel terzo possessore, ma era necessario disporre in questo senso all'oggetto di evitare incertezze ed inutili e costose contestazioni. Quando si tratta di miglioramenti arrecati all'immobile, bene si può con opportuna perizia determinarne l'am-

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, II, 70.

(2) MELUCCI (*op. cit.*, Lez. XLII, n. 6 e seg.) largamente svolge e dimostra la opinione che nega al terzo possessore diritto a separazione per le spese di conservazione che non hanno aumentato il valore del fondo.

(3) MIRABELLI, *Delle ipoteche*, pag. 159.

montare e l' aumento di valore arrecato al fondo; ma quando si tratta di spese che non hanno aggiunto all' immobile qualche cosa che prima non esisteva, ma lo hanno soltanto conservato o restituito nello stato anteriore, come si potrebbe con sicurezza constatarle? Le spese fatte dal terzo possessore sono in questo caso una diretta e necessaria conseguenza del diritto di proprietà che a lui spettava sull'immobile ipotecato: il principio *res perit domino* ha per effetto che le spese incontrate per evitare il perimento facciano carico a colui che, se la cosa fosse perita, sarebbe stato il primo a risentirne il danno.

La legge parla qui, come negli art. 704 e seg. cod. civ., di miglioramenti e non di spese: non sono per ciò dovute tutte le spese, ma quelle soltanto *quae meliorem rem faciunt*; quelle *quae rem deteriorem esse non sinunt*, non rientrano nella disposizione dell' art. 2020 capov. cod. civ. (1).

696. La disposizione in esame stabilisce, come si è notato di sopra, una eccezione al principio generale dell' art. 1966 cod. civ. Da ciò deriva che non può essere applicata fuori del caso in essa espresso, fuori del caso, cioè, che si tratti veramente di un terzo possessore nel senso attribuito a questa espressione dalla legge e da noi chiarito nella sezione prima di questo capitolo.

Chi acquistando un immobile si fosse personalmente obbligato al pagamento dei crediti ipotecari iscritti sul medesimo, non è terzo possessore; non ha la facoltà del rilascio, non può istituire il giudizio di purgazione, non può per conseguenza separare, in nessun caso, neppure in caso di spropriazione intrapresa e condotta a termine contro di lui, il valore dei miglioramenti da lui fatti dopo la trascrizione del suo titolo.

Ricordammo già (sopra n. 618) la sentenza della Cassazione

---

(1) Cons. in argomento: Cass. Roma, 16 agosto 1876, *Mon.*, X, VI, 28.

di Roma 17 agosto 1896, la quale negò il diritto alla separazione all'acquirente di un immobile che nel contratto di acquisto erasi obbligato al pagamento dei creditori iscritti: a lui non spettava nè poteva spettare questo diritto di fronte ai creditori verso i quali aveva assunto tale obbligazione, perchè il compratore, creando questo vincolo, aveva per sua volontà attribuito a sè stesso la qualifica di un obbligato personale.

La soluzione adottata dalla corte nel caso speciale risoluto con quella sentenza, sembra a noi pienamente logica e meritevole di essere elevata a regola generale. Quando infatti vi è obbligazione personale dell'acquirente egli non è più terzo di fronte al creditore ipotecario iscritto: e se cessa di essere terzo, come può conservare il diritto di separazione? Questo diritto altro non è in sostanza che quello esercitato dal proprietario della cosa caduta in espropriazione secondo le norme fissate dagli articoli 647 e 699 del codice di procedura civile. Ora l'esercizio di questo diritto è inconcepibile in chi è debitore, non consentendo la contradizione che egli sia ammesso a separare, in pregiudizio del creditore escutente, ciò che questi ha ragione di escutere in forza del credito per il soddisfacimento del quale agisce in via esecutiva.

697. A chi spetta l'onere della prova della esistenza di miglioramenti, dell'aumento di valore per essi arrecato al fondo, della spesa incontrata per arrecarlo? Evidentemente al terzo possessore, che nel giudizio di graduazione esercita il diritto di separazione a lui spettante. Il principio generale di diritto che colui che reclama l'adempimento di una obbligazione deve dare la prova della sua esistenza, conduce necessariamente a questa conclusione. Il terzo possessore reclamante dovrà provare inoltre che i miglioramenti reclamati sono stati realmenti fatti dopo la

---

(1) *Giur. it.*, 1896, I, I, 1008.

trascrizione del suo titolo, essendo questa una condizione necessaria per l'esercizio del suo diritto; che se provasse in genere la esistenza dei miglioramenti e il loro valore separabile, ma non l'epoca in cui vennero fatti, e i creditori opponessero che in difetto di questa prova la domanda dovesse essere respinta, per non essere constatato nei modi legali che furono arrecati all'immobile posteriormente alla trascrizione del titolo di acquisto, non potrebbe dirsi per questo invertito l'onere della prova, e obbligato per ciò il creditore opponente a fornire la prova che furono arrecati in tempo anteriore, in conformità del principio che la prova della eccezione spetta al convenuto. Questa opposizione non sarebbe infatti una eccezione, perchè non è eccezione il dedurre che la domanda dell'attore non è provata nei suoi estremi essenziali.

Riguardo ai mezzi di prova la legge non pone limiti; non si tratta di convenzioni, ma di semplici fatti; per conseguenza non si possono esigere prove precostituite, e qualunque mezzo deve essere ammesso, non esclusa la prova testimoniale (1).

Il mezzo migliore e più attendibile, però, sarà in questi casi l'ammissione di una perizia giudiziale, la quale, oltre constatare la esistenza in genere dei miglioramenti, l'aumento di valore per essi arrecato al fondo, la spesa effettivamente incontrata dal terzo possessore, e l'epoca in cui i miglioramenti vennero realmente fatti, porgerà al magistrato il modo di dirimere con sicurezza le controversie che in proposito possono essere sollevate fra i creditori iscritti e il terzo possessore.

698. Ma si presenta, a questo punto, una grave e delicata questione, non risoluta, per quanto ci consta, dalla giurisprudenza, a torto trascurata dagli scrittori.

È stato acquistato per 100 un immobile che valeva effettiva-

---

(1) Roma, 6 decembre 1893, *Temi rom.*, XIV, 181.

mente 100 e dopo la trascrizione del suo titolo l'acquirente vi ha costruito una casa spendendo 50 ed aumentando il valore totale del fondo per 25. Se venduto all' incanto l' intero fondo, si ottiene il prezzo di 125, il caso non presenta difficoltà: i creditori hanno diritto a collocazione su 100, rappresentanti il valore originario, affetto al soddisfacimento del loro credito, e il terzo possessore separa i suoi 25 che rappresentano il *quid minus inter expensum et melioratum*. Ma se nella vendita all' incanto, per mancanza di concorrenti, si ottengono soltanto 100, il terzo possessore avrà egualmente diritto alla separazione? Per l' affermativa può dirsi che la legge non distingue; e che d'altronde, se l' immobile è stato venduto 100, malgrado che coi lavori eseguiti dal terzo possessore il suo valore fosse stato aumentato di 25, deve presumersi che sarebbe stato venduto 75 se quei lavori non fossero stati eseguiti. Ma può obiettarsi che nel concetto della legge i creditori non devono locupletarsi in danno del terzo possessore, profittando dell' aumento di valore da lui arrecato all' immobile, e che nel caso nessun profitto vengono a risentire, mentre non è stato risentito il benefizio di questo aumento.

Posta la questione in questi termini, essa presenta gravi difficoltà, che la legge non offre il modo di risolvere: se il diritto del terzo possessore fosse un privilegio, siccome era per le legislazioni anteriori, non potrebbe sorgere questione, essendo il credito privilegiato preferito a tutti gli altri crediti, anche ipotecari (art. 1953 cod. civ.); ma per la nostra legislazione il diritto del terzo possessore non è un diritto di credito, ma un diritto di condominio; ed è appunto di qui che nasce la difficoltà. Se il valore dei miglioramenti con la vendita all' asta non si realizza, potrà dirsi che l'oggetto del diritto è venuto a perire?

La questione merita un' attenzione ponderata e un attento studio, e noi crediamo che per risolverla convenientemente occorra considerarla dal lato pratico, distinguendo il caso che il

terzo possessore sia stato cauto nel far dichiarare, prima della vendita, il suo diritto alla separazione, dal caso in cui si presenti a domandarne la esperimento a vendita compiuta nel giudizio di graduazione.

Nel primo caso infatti, constatato per via di perizia con la sentenza che ordina la vendita che i miglioramenti esistono, e che il terzo possessore ha diritto a separarli in una cifra determinata, il prezzo che poi si ottiene viene ad essere diviso in due parti distinte, spettanti l'una ai creditori iscritti, l'altra al terzo possessore: riprendendo l'esempio da noi configurato, e avendosi che 100 è il valore dell'immobile e 25 il valore separabile dei miglioramenti, se dalla vendita si ottengono 100, anzichè 125, il danno sarà repartito in proporzione, i creditori conseguiranno 80, il terzo possessore prenderà 20. Ma se il terzo possessore si presenterà soltanto a vendita compiuta, questa soluzione, che suppone una determinazione preventiva del suo diritto, non sarebbe ammissibile, e la separazione non dovrebbe a parer nostro essere accordata, se non in quanto la vendita avesse dato un resultato utile, dovuto ai miglioramenti eseguiti da lui; diversamente lo scopo della legge sarebbe falsato; non si eviterebbe un ingiusto arricchimento dei creditori iscritti, ma si arrecherebbe ad essi un ingiusto danno, ad ovviare al quale avrebbero potuto provvedere se fossero stati diffidati in tempo utile della pretesa del terzo possessore (1).

---

(1) Per dimostrare che la questione esaminata in questo numero non è stata approfondita dagli scrittori, riportiamo qui quello che ne dice il MELUCCI (*op. cit.*, Lez. XLIII, n. 1), che pure è in questa parte diligente espositore dei principii della legge in tutte le loro particolarità: « Dal prezzo « adunque che si ottiene dalla subastazione dell'immobile, messo agl'incanti « nello stato in cui attualmente si trova, si detrae il prezzo che se ne sarebbe « ottenuto subastandolo anche oggi ed in pari circostanze, ma nello stato in « cui si sarebbe trovato, se il terzo possessore non vi avesse eseguito opere e

699. Un'ultima avvertenza che occorre fare per esaurire l'argomento del diritto di separazione di cui all'art. 2020 capov. cod. civ. consiste in ciò, che per espresso disposto della prima parte dello stesso articolo il terzo possessore non può invocare contro i creditori iscritti nessun diritto di ritenzione per causa di miglioramenti. Il legislatore non ha accordato al terzo possessore, proprietario dell'immobile, di fronte ai creditori iscritti, quel diritto di ritenzione che accorda al semplice possessore di fronte al proprietario rivendicante, in ragione della sua buona fede (art. 706 cod. civ.), non perchè ritenga quello meno di questo meritevole di una efficace protezione, ma perchè tiene conto della sua diversa situazione giuridica.

Il possessore di buona fede che subisce la rivendicazione dell'immobile da lui posseduto in forza di un titolo abile a trasferire il dominio del quale ignorava i vizi (art. 701 cod. civ.) non ha per ripetere il valore dei miglioramenti che un'azione personale verso il proprietario rivendicante e la legge, per manifeste ragioni di equità, rende efficace col diritto di ritenzione l'esercizio dell'azione stessa. Il terzo possessore dell'immobile ipotecato, passivo dell'azione ipotecaria, non ha bisogno di questo speciale rimedio di fronte ai creditori iscritti: se istituisce il giu-

---

« lavori di miglioramento; e la differenza in più è appunto la parte di prezzo « che il terzo possessore ha diritto di prelevare a suo vantaggio. S' intende « poi che quel calcolo sarà l' opera di periti e si terranno presenti anco gli « altri elementi di confronto e di valutazione, che il giudice apprezzerà col « suo prudente arbitrio, come per esempio il prezzo di acquisto dell' immobile « poscia migliorato e subastato, o la stima che accompagnava l'atto traslativo « di esso, se a titolo gratuito, ecc. ». Tutto questo sta benissimo, se si ottiene una differenza in più: Ma se non si ottiene? Il diritto del terzo possessore non è poi di *prelevare*, ma di *separare*, concetto giuridico sostanzialmente diverso; parlando di prelevare, l' egregio autore accenna a una forma di *privilegio* che la legislazione vigente non ha conservato.

dizio di purgazione senza che venga fatto rincaro, o se si libera pagando i crediti iscritti coi loro accessori a norma dell'art. 2010, conserva l'immobile e non ha bisogno di ricorrere al diritto di separazione; ma in ogni diversa eventualità, l'azione ipotecaria cenduce necessariamente alla vendita coatta, e allora, si renda acquirente lo stesso terzo possessore, o l'aggiudicazione abbia luogo a favore di un terzo, l'azione che spetta al terzo possessore per ottenere la separazione dei miglioramenti si esercita sul prezzo e non sul fondo. Il diritto di ritenzione non trova pertanto applicazione in questa ipotesi, mentre il terzo possessore è protetto efficacemente dal diritto di condominio che a lui spetta nel prezzo in distribuzione.

700. Quarto effetto comune al caso del rilascio o della vendita all'incanto è quello di cui è parola nell'art. 2021 cod. civ.: «I frutti dell'immobile ipotecato non sono dovuti dal terzo pos«sessore che dal giorno in cui fu a lui intimato il precetto tra«scritto di fare il pagamento o il rilascio; e se la proposta istanza «fosse stata abbandonata per lo spazio di un anno, sono dovuti «soltanto dal giorno in cui sarà trascritta la rinnovata intima«zione».

Con questa disposizione il legislatore estende al terzo possessore il principio generale che la ipoteca iscritta sopra un immobile non dà diritto ai frutti percetti anteriormente alla trascrizione del precetto, verificandosi il loro sequestro solo con l'adempimento di siffatta formalità. Rispetto al terzo possessore la legge esige qualche cosa di più: esige, cioè, non solo che il precetto sia stato trascritto contro il debitore, ma ancora che sia stato notificato al terzo possessore con la intimazione di pagare o di rilasciare l'immobile ipotecato, secondo la nota disposizione del capoverso dell'art. 2014 cod. civ. Soltanto da questa notificazione il terzo possessore resta obbligato a rendere conto dei frutti, e se, per conseguenza, fra la trascrizione del precetto e la sua intima-

zione al terzo possessore, corresse uno spazio di tempo, spazio che la diligenza del creditore può rendere minimo, i frutti percetti nell' intervallo non sono dovuti ai creditori iscritti, ma restano in proprietà del terzo possessore, che può disporne liberamente in ragione del suo diritto.

Occorre appena avvertire che in caso di rilascio, e nominato che sia l'amministratore, questi e non il terzo possessore resta obbligato a rappresentare nel giudizio di graduazione i frutti percetti dopo che fu da lui preso in consegna l'immobile rilasciato.

Se la istanza di spropriazione è stata abbandonata per lo spazio di un anno, cessano per l'art. 2085 ultimo capoverso cod. civ. gli effetti accennati nel primo capoverso di questo articolo. La disposizione in esame estende al terzo possessore questa speciale norma di legge; se la istanza proposta contro di lui è abbandonata per eguale periodo di tempo, il terzo possessore non è tenuto a rappresentare se non i frutti percetti dal giorno in cui sarà rinnovata, e sarà nuovamente trascritta la sopra ricordata intimazione.

Per ciò che attiene al modo di acquisto dei frutti dell' immobile ipotecato si devono distinguere i frutti civili, che si acquistano giorno per giorno, e sono per ciò suscettivi di ratizzazione, dai frutti naturali, che si acquistano con la percezione loro al momento in cui pervengono a maturità. Gli art. 480 e 481 cod. civ., che regolano questa materia in relazione all' usufruttuario, trovano applicazione in questa materia per la evidente analogia dei casi.

701. A questo punto il legislatore nostro, colmando una grave lacuna dei codici precedenti, stabilisce da quando incomincia nel terzo possessore l'obbligo di rappresentare i frutti, non già nel caso di rilascio o di vendita all' incanto per estensione a lui dell' azione esecutiva intrapresa contro il debitore, ma nel caso di vendita all' incanto al seguito di apertura del giudizio di purgazione.

Parlando nella sezione seconda di questo capitolo del giudizio di purgazione, avemmo occasione di osservare che se i creditori iscritti non richiedono l'incanto e l'acquisto del terzo possessore si rende irrevocabile per la tacita o espressa accettazione del prezzo da lui offerto, o del valore da lui dichiarato, il terzo possessore è tenuto a pagare non soltanto il prezzo offerto o il valore dichiarato, ma ancora i relativi interessi, che si distribuiscono unitamente al prezzo nel giudizio di graduazione a profitto dei creditori iscritti. Ma non avemmo allora occasione di determinare la diversa situazione giuridica che viene a crearsi se un creditore richiede l'incanto facendo l'aumento del decimo e ottemperando alle altre prescrizioni dell' art. 2045 cod. civ. L' acquisto allora non è definitivo; il terzo possessore potrà anche rendersi aggiudicatario, ma aumentando il prezzo; ed ove egli non lo aumenti, si vedrà privato della proprietà a profitto del creditore rincarante o di chi si renderà migliore offerente nell' incanto che dopo avrà luogo. In tal caso evidentemente non può parlarsi d' interessi del prezzo, perchè il prezzo offerto dal terzo possessore (a cui è da equiparare il valore dichiarato da lui quando l'acquisto è a titolo gratuito) ha cessato di esistere. Allora non sono dovuti gl' interessi, ma sono dovuti i frutti dell'immobile ipotecato e l'art. 2021 cod. civ. precisa nel capoverso il momento giuridico in cui sorge questa obbligazione: « Nel caso di purgazione per parte del terzo « possessore, i frutti sono pure dovuti dal giorno della trascri« zione del precetto, o in mancanza dal giorno della notificazione « fatta a norma degli art. 2043 e 2044 ».

La vera sede di questa disposizione sarebbe stata nella sezione decima, non nella sesta; ma in ogni modo merita lode il legislatore per avere eliminato le difficoltà che si manifestavano in proposito nelle precedenti legislazioni.

Il capoverso in esame considera e distingue i due casi della purgazione spontanea e della purgazione provocata, da noi minu-

tamente analizzati nella sezione seconda di questo capitolo (sopra n. 620).

Se la purgazione è spontanea, il terzo possessore è tenuto a rappresentare i frutti percetti dopo la notificazione del suo atto di offerta; se è provocata, i frutti sono da lui dovuti dal giorno della trascrizione del precetto, intendendo questa espressione non già nel senso ordinario di trascrizione del precetto contro il debitore, fatta a norma dell' art. 2085 cod. civ., ma nel senso speciale di notificazione al terzo possessore del precetto precedentemente trasmesso al debitore, con la speciale intimazione di cui all' art. 2014 capov. cod. civ. Di fronte al terzo possessore che ha trascritto il suo titolo, il precetto notificato e trascritto contro il debitore è una *res inter alios acta*: soltanto con la speciale notificazione a lui del precetto trasmesso al debitore, e con la trascrizione della intimazione di rilasciare o pagare contenuta nella notificazione stessa, è esteso al terzo possessore il sequestro dei frutti che a lui spettano per il principio generale dell'art. 444 cod. civ. La espressione « *i frutti sono pure dovuti* » contenuta nel capoverso dell' art. 2021, addimostra che le parole *trascrizione del precetto*, ivi contenute, si devono intendere nel senso suaccennato: sarebbe però stata desiderabile maggior precisione di linguaggio e un migliore coordinamento fra loro delle disposizioni degli art. 2014 capov. e 2021 cod. civ.

702. Veniamo al quinto effetto, comune non solo al rilascio e alla vendita all' incanto, avvenga questa per estensione dell' azione ipotecaria o per aumento del prezzo offerto nel giudizio di purgazione, ma ancora al pagamento dei crediti iscritti: questo quinto effetto è il regresso contro l'alienante: « Il terzo possessore « che ha pagato i crediti iscritti, rilasciato l' immobile, o sofferta la « spropriazione, ha ragione d' indennità verso il suo autore » (articolo 2022 cod. civ.).

Parlando del giudizio di purgazione vedemmo già che l'acqui-

rente il quale è divenuto compratore all' incanto ha regresso contro il venditore pel rimborso di ciò che eccede il prezzo stipulato nel suo contratto, e per gl' interessi di tale eccedenza dal giorno di ciascùn pagamento (art. 2052 cod. civ.) e vedemmo pure che il compratore all' incanto, oltre al pagamento del prezzo di acquisto e di ogni relativa spesa, è obbligato a rimborsare l'anteriore acquirente delle spese del suo contratto e delle altre enumerate nell' art. 2049 cod. civ.

La disposizione dell'art. 2022 cod. civ. che ora prendiamo in esame, va coordinata con quelle ultimamente ricordate. Con quella dell'art. 2052, che considera un caso speciale di regresso che rientrerebbe, se quella disposizione speciale non esistesse, nel principio generale dell' art. 2022; con quella inoltre dell' articolo 2049, perchè quei rimborsi che sono dovuti al terzo possessore dal compratore all' incanto, diminuiscono nella estensione il diritto d' indennità verso il suo autore.

Allontanandosi dai casi speciali contemplati negli art. 2052, 2049 cod. civ., l'azione di regresso verso il suo autore accordata al terzo possessore dall' art. 2022 cod. civ. con la generica espressione « ragione d' indennità » ha un contenuto diverso secondo la diversità dei casi contemplati nello stesso articolo.

Il terzo possessore ha dovuto per conservare la proprietà ed il possesso dell' immobile ipotecato pagare i crediti iscritti al di là del limite della obbligazione assunta verso il suo autore? Ha diritto di essere da questo rimborsato della eccedenza. Ha rilasciato l' immobile o sofferta la espropriazione, senza avere istituito il giudizio di purgazione e senza avere per conseguenza il diritto ai rimborsi di cui all' art. 2049 cod. civ.? Ha diritto di essere rimborsato delle spese del suo contratto e alla restituzione del prezzo che in tutto o in parte avesse pagato non ostante la esistenza delle ipoteche che lo hanno condotto a valersi della facoltà del rilascio o a subire la spropriazione.

In un caso soltanto il terzo possessore non ha ragione d'indennità, quando cioè ha ottenuto la liberazione dell'immobile da lui acquistato col semplice pagamento del prezzo da lui dovuto, sia perchè i creditori lo hanno costretto a pagarlo se sufficiente al soddisfacimento di tutti i loro crediti, o se ne sono accontentati se insufficiente (art. 2023 cod. civ.), sia perchè, avendo istituito il giudizio di purgazione, non sia stata proposta la richiesta d'incanto in tempo utile e il suo acquisto sia divenuto definitivo (art. 2046 cod. civ.). In questo caso nessuna azione di regresso gli compete; non quella in garentia per evizione, perchè egli conserva la proprietà dell'immobile da lui acquistato; non quella di rimborso del prezzo pagato, perchè egli ha pagato ciò che realmente doveva e il pagamento è stato per ciò estintivo della sua obbligazione, non produttivo di obbligazione altrui.

Fuori di questo caso, la estensione dell'azione di regresso di cui all'art. 2022 cod. civ. è determinata dal principio generale scritto nell'art. 1486 dello stesso codice (1), con la speciale limitazione contenuta nel successivo art. 1496, per il quale a « quando « il compratore ha evitata la evizione del fondo, mediante il pa- « gamento di una somma di danaro, il venditore può liberarsi da « tutte le conseguenze della garantia, rimborsandolo della somma « pagata, degli interessi e di tutte le spese ».

La limitazione di cui è parola in questo articolo è conseguenza del principio di naturale equità che la garantia dei casi di evizione deve risarcire il danno effettivamente sofferto dall'acquirente, non esser causa di un lucro che si risolverebbe in un ingiusto arricchimento; e in fatti fu deciso che « il terzo possessore « evitto per lo esperimento di un'azione ipotecaria, ha solo diritto « alla indennità; e che quindi, ove esso, dopo sofferto lo spoglio, « si faccia acquirente all'asta del medesimo fondo per un prezzo

---

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XLIV, n. 4.

« minore di quello pel quale l'aveva comperato, non può ripetere « la parte di prezzo già pagata, se non in quanto egli non « trovi sufficiente indennità sul minor prezzo della ottenuta libe« razione » (1).

703. Il caso dell'acquirente a titolo gratuito il quale, non avendo pagato nè promesso alcun prezzo, si trova costretto a rilasciare l'immobile a lui donato, o a subirne la espropriazione forzata, in conseguenza delle ipoteche che lo gravavano prima della donazione, merita particolare esame.

Qualche scrittore ha ritenuto applicabile senz'altro a questo caso il noto aforisma « *nemini beneficium debet esse damnosum* », e ha per conseguenza creduto di poter risolvere le svariate questioni che possono presentarsi a questo riguardo col dire che al donatario che ha eseguito il rilascio o subìta la espropriazione, e persino a quello che per conservare l'immobile donatogli ha pagato i creditori iscritti, non compete diritto alcuno verso il donante. Altri hanno creduto doversi distinguere: e mentre hanno negato che competa al donatario la vera azione di garantia per la evizione, hanno al contrario affermato che gli compete la surrogazione nelle ragioni già spettanti ai creditori, nei limiti delle ragioni stesse. Una ragione perentoria, a parer nostro, per accogliere questa dottrina, si ha nel fatto che qui non si tratta di una ragione d'indennità, che arrechi al donante un pregiudizio contrariamente al ricordato principio, ma bensì di una semplice surrogazione in virtù della quale il donante si trova costretto al soddisfacimento di una obbligazione che prima gl'incombeva e che non può, senza una delegazione espressa, far carico al donatario. La ragione sembra a noi perentoria, perchè escludendola si verrebbe a rendere il donatario particolare responsabile dei debiti

(1) Cass. Torino, 2 maggio 1867, *Annali di giur. it.*, I, I, 1. 119.

del donante, lo che è assolutamente contrario ai principii del diritto (1).

Se non che, è facile scorgere che con la distinzione proposta si esce fuori dal capo del regresso, per entrare nel campo ben diverso della surrogazione per pagamento, considerata nell'art. 1253 cod. civ., ed estranea completamente alla materia ipotecaria. Riteniamo pertanto conveniente e doveroso contentarci del semplice cenno che abbiamo fatto di questa e delle altre questioni a cui dà luogo, nei singoli disparatissimi casi, l'applicazione dell'art. 2022 cod. civ. Soltanto la intera materia della garentia per i casi di evizione, non solo nella vendita, ma ancora negli altri contratti traslativi della proprietà, costituirebbe un adequato e completo commento di questo articolo: reputiamo per ciò di dover seguire l'esempio di altri scrittori, omettendo in questa sede speciale ulteriori osservazioni, le quali, per essere sufficienti, altererebbero le economie e le proporzioni del presente trattato (2).

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 73. Osserva ancora questo scrittore che la quistione di cui è parola nel testo riceve generalmente una soluzione diversa nel caso della donazione per causa di nozze; trattandosi in questo caso di donazione fatta *ad sustinenda onera matrimonii*, la giurisprudenza ha riconosciuto nel marito il diritto alla evizione, come se si trattasse di contratto a titolo oneroso, lo che è a parer nostro da ammettersi non per ogni donazione fatta in occasione di nozze, ma per quelle soltanto che hanno il carattere di vera e propria costituzione dotale. Sul regresso del donatario cons. Catanzaro, 5 decembre 1889, *Foro calab.*, 1890, 39.

(2) Alludiamo al Pont (*op. cit.*, XI, 1219), il quale commentando l'articolo 2178 cod. francese, dopo avere enunciato il principio generale, sostanzialmente identico al nostro articolo 2022, così si esprime: « Maintenant, quelle « est l'etendue de ce recours et quels en sont la nature et les effets? Ceci sort « de notre sujet. La question, en effet, est subordonnée au point de savoir « quel est le titre en vertu duquel le tiers détenteur était dévenu propriétai- « re: est ce à titre onereux, ou à titre gratuit? Est ce par testament, par « donation, par vente, par échange, etc.? La solution se resume donc dans « une application des art. 854, 1020, 1375, 1440, 1557, 1626 et suivants,

704. Veniamo al sesto ed ultimo effetto comune al rilascio e alla spropriazione forzata, non che al pagamento dei crediti iscritti. Il regresso accordato al terzo possessore contro il suo autore, consistendo nell' esercizio di una semplice azione personale contro di lui, può essere reso in molti casi illusorio dalla sua non solvenza; per questo la legge avuto riguardo alla speciale situazione del terzo possessore rimasto perdente in conseguenza dell' azione ipotecaria esercitata sull' immobile da lui acquistato da un creditore iscritto sopra altri beni, rimasti in proprietà del debitore al momento della trascrizione del titolo di acquisto, gli accorda azione in via di subingresso contro i terzi possessori di questi beni e la facoltà di fare eseguire la relativa annotazione a forma dell'art. 1994.

Riportammo già (sopra n. 582) la relativa disposizione (art. 2022 capov. cod. civ.) non che la relazione Pisanelli nella parte destinata ad illustrarla, ed osservammo che essa costituisce in sostanza l'applicazione al caso speciale del terzo possessore del principio generale sancito dall' art. 2011 cod. civ.

È tempo di far seguire questa preliminare osservazione da qualche parola di commento, resa necessaria dalla diversità dei casi.

Trattandosi di un terzo possessore che ha pagato i crediti iscritti, la surroga gli spetta di diritto per l'art. 1253, n. 2, cod. civ.; l' art. 2022 capov. ha equiparato al terzo possessore che ha pagato effettivamente, quello che per l'azione ipotecaria contro di lui promossa da un creditore che avrebbe potuto agire sopra altri beni, è stato costretto a rilasciare l' immobile da lui acquistato o a subirne la spropriazione (1).

« 1705 etc., du code Napoleon et nous renvoyons aux observations de Marcadé « sur ces divers articles ».

(1) Analogamente disponevano il cod. albertino, art. 2297 capoverso, ed il codice estense, art. 2245, che avevano riguardo alla data dell' acquisto. Il

Il legislatore che ha creduto dovere accordare un' efficace protezione al creditore iscritto rimasto perdente per la collusione di un creditore anteriore avente ipoteca più estesa con altro avente ipoteca sopra questi beni, posteriore in data a quella del creditore perdente, ha creduto opportuno estendere la stessa protezione al terzo possessore che in circostanza consimile ha sofferto la evizione dell'immobile da lui acquistato.

Un esempio pratico convince subito della opportunità di questa estensione.

Tizio, che aveva ipotecato a favore di Caio i fondi A e B, vende a Sempronio, che trascrive il suo titolo, il fondo A. Sempronio non ignora e non può ignorare che il fondo da lui acquistato è ipotecato a favore di Caio, ma non ignora, al tempo stesso, che nel patrimonio di Tizio è rimasto il fondo B, ipotecato egualmente a favore di Caio, e ha ragione di credere e di confidare che Caio rivolgerà anzi tutto la sua azione sul fondo B, rimasto in proprietà del debitore; ma Tizio aliena a Mevio il fondo B, e Caio, iscritto sopra ambedue i fondi, esercita l'azione ipotecaria sul solo fondo A, costringendo Sempronio a rilasciarlo o a subirne la spropriazione. Sempronio, rimasto perdente per questa procedura intrapresa e condotta a termine da Caio, oltre il regresso contro Tizio, ha il subingresso nella ipoteca di Caio sul fondo B, acquistato da Mevio, e può far eseguire la relativa annotazione, avuto riguardo all'anteriorità della trascrizione del suo titolo. Se invece Caio avesse esercitato, nella stessa precisa specie di fatto, l'azione ipotecaria sul fondo B, acquistato da Mevio, e l'avesse costretto a rilasciarlo o a subirne la spropriazione,

---

codice parmense, art. 2244, il codice napoletano, art. 2072, si limitavano, come il cod. francese, art. 2178, a far parola del regresso. Per la origine della disposizione e per le discussioni alle quali dette luogo, massime nel Senato di Piemonte, confr. POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 397.

Mevio non godrebbe del subingresso nella ipoteca di Caio sul fondo A, nè potrebbe esercitare l'azione ipotecaria su questo fondo, in pregiudizio di Sempronio, anteriore acquirente del fondo stesso, perchè, quando acquistò da Tizio debitore il fondo B, il fondo A era già uscito dal patrimonio del suo dante causa, ed egli non aveva ragione nè diritto di confidare che Caio, creditore iscritto sopra ambedue, avrebbe esercitato la sua azione ipotecaria sul fondo alienato in precedenza.

Quella giusta preferenza che nel caso ordinario dell'art. 2011 cod. civ. la legge accorda al creditore perdente in ragione della anteriorità della sua iscrizione, è accordata nell'art. 2122 al terzo possessore in ragione della anteriorità della trascrizione del suo titolo; la data della trascrizione determina, fra più acquirenti, la priorità del diritto (1). Le due disposizioni sono equivalenti e le stesse norme le governano, sostituendo alla figura del creditore surrogato, contemplata nella prima, quella del terzo possessore presa in considerazione nella seconda (2).

Deriva da ciò che la espressione *altri fondi sottoposti ad ipoteca per gli stessi crediti*, non deve intendersi soltanto nel senso che fossero ipotecati al momento in cui furono alienati a un successivo acquirente, ma ancora nel senso che lo siano tuttora quando l'acquirente anteriore è costretto al rilascio, al pagamento, o a subire la spropriazione; che se il creditore iscritto nella cui ipoteca il terzo possessore perdente vorrebbe essere surrogato, avesse consentito in precedenza la cancellazione della sua ipoteca, potrà parlarsi di risarcimento di danni, ove ricorra l'applicazione dell'art. 2087 cod. civ., ma non può certamente parlarsi di un subingresso che presuppone necessariamente la esistenza della ipoteca nella quale dovrebbe aver luogo.

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 74.

(2) Melucci, *op. cit.*, Lez. XLVI, n. 4.

705. L' applicazione di questo evidente principio fu fatta dalla corte di cassazione di Torino in una importante sentenza che stimiamo utile di trascrivere a complemento di questa trattazione: « Assunto dei ricorrenti era nel giudizio di merito ed ora è pure « di dimostrare che contro di essi, come terzi possessori, i pro- « cedenti Tassara e Orezzoli non potevano più esercitare l'azione « ipotecaria, perchè avendo consentito la restrizione della ipo- « teca, che prima colpiva l'intero caseggiato, cancellandola dall'ap- « partamento venduto ai fratelli Rusca dopo che essi Derchi e « Bianchetti avevano trascritto il loro atto di acquisto, avevano « ad essi impedito il subingresso nelle relative ragioni ipotecarie, « a cui avrebbero diritto pel disposto dell'art. 2022 c. c. Se non « che i termini onde questo articolo è concepito son ben lungi « dal legittimare l'applicazione che i ricorrenti vorrebbero farne. « È bensì vero, in fatti, che la seconda parte dell'articolo stesso, « da essi invocata, dispone che il terzo possessore, il quale ab- « bia pagato i crediti iscritti, rilasciato l'immobile, o sofferta la « spropriazione, ha azione di regresso contro i terzi possessori di « altri fondi sottoposti ad ipoteca per gli stessi crediti, ed a lui « posteriori di data nella trascrizione del loro atto di acquisto. « Ma l'equivoco dei ricorrenti sta nel volere interpretare le parole « *sottoposti ad ipoteca* in senso comprensivo di tutte le ipoteche « che in un tempo qualunque, purchè dopo la trascrizione del- « l'atto d'acquisto, abbiano contribuito a garentire il credito per « cui si procede; mentre quelle parole, intese secondo il signifi- « cato naturale e la connessione loro, manifestamente alludono « alle ipoteche, cui per gli stessi crediti siano sottoposti gli altri « fondi al momento in cui il terzo possessore o paga i crediti « iscritti, o rilascia l'immobile, o ne soffre l'evizione; caso que- « sto che non si verifica nella specie, essendo incontrastato che « i creditori Tassara e Orezzoli avevano rinunziato alla ipoteca « sui due appartamenti passati in proprietà dei fratelli Rusca,

« molto tempo prima di rivolgere l'azione ipotecaria sugli appar-
« tamenti posseduti dai Derchi e Bianchetti » (1).

Occorre poi appena avvertire che il subingresso di cui è parola in questo articolo non esclude quello dell'art. 2011; se il terzo possessore può agire in via di subingresso contro i terzi possessori a lui posteriori di data in ragione della trascrizione del loro titolo di acquisto, a più forte ragione può valersi del subingresso nella ipoteca del creditore che ha ottenuto pagamento sull'immobile da lui acquistato per escutere gl'immobili ipotecati rimasti in proprietà del debitore, con prelazione sulle ipoteche posteriori a quella nella quale è surrogato. Il caso rientra nella ordinaria surrogazione per pagamento di cui è parola nell'art. 1253 cod. civ. (2).

---

(1) Cass. Torino, 4 decembre 1886, *Foro it.*, XII, I, 90. In senso conforme: stessa Corte, 5 giugno 1884, *Foro it.*, Rep. 1884, Voce *ipoteca*, n. 72; Casale, 30 decembre 1880, *Foro it.*, *Ipoteca*, n. 76. In argomento cons. ancora Pinto, *Della surroga ipotecaria legale in ordine agli art. 2011 e 2022 cod. civ.*, *Archiv. giur.*, XLII, 3; Macerata, 26 novembre 1891, *Legge*, 1892, I, 125; Cass. Torino, 8 maggio 1891, *Legge*, 1891, II, 625. Per ciò che riguarda il coerede che ha pagato o subìto la espropriazione per debiti ereditari eccedenti la sua quota od assegnati ad altro coerede: Cass. Torino, 20 novembre 1889, *Giur. tor.*, 1889, 791.

(2) Genova, 9 marzo 1880, *Giur. it.*, XXXII, I, II, 467.

TITOLO IV

DELLA ESTINZIONE DELLA IPOTECA E DELLA CANCELLAZIONE DELLE ISCRIZIONI

SOMMARIO

706. Parleremo in un primo capitolo della estinzione della ipoteca, per discendere poi nel capitolo successivo a dire della cancellazione della relativa iscrizione, che ne è la conseguenza.

CAPO I

ESTINZIONE DELLA IPOTECA.

SOMMARIO

707. Dal principio che la ipoteca è accessorio del credito che è destinata ad assicurare, derivano due importanti effetti, e cioè:

1° Che estinto il credito è necessariamente estinta l'ipoteca che sta ad assicurarne il soddisfacimento;

2° Che viceversa, pur continuando a sussistere il credito, può estinguersi l'ipoteca per una causa ad essa speciale che non influisce sopra di quello.

Invero, mentre la ipoteca non si concepisce senza il credito, ben può concepirsi il credito senza la ipoteca.

Conviene pertanto distinguere secondo che la estinzione della ipoteca ha luogo per la estinzione del credito, ossia della obbligazione con essa garantita, o ha luogo invece indipendentemente dalla estinzione della obbligazione, la quale continua a sussistere.

L'art. 2029 cod. civ. e l'art. 2030 regolano la importante materia, disponendo come appresso.

Art. 2029. « Le ipoteche si estinguono:

« 1. Coll'estinguersi della obbligazione;

« 2. Colla distruzione dell'immobile gravato salvi i diritti « resultanti dall'art. 1951;

« 3. Colla rinuncia del creditore;

« 4. Col pagamento dell'intero prezzo nei modi stabiliti « dalla legge nei giudizi di graduazione;

« 5. Collo spirare del termine a cui furono limitate;

« 6. Col verificarsi della condizione risolutiva che vi fu « apposta ».

Art. 2030. « Le ipoteche si estinguono parimente con la pre- « scrizione, la quale riguardo ai beni posseduti dal debitore si « compie anche con la prescrizione del credito; e riguardo ai beni « posseduti dai terzi si compie anche col decorso di trent'anni, « secondo le regole stabilite nel titolo *Della prescrizione* ».

La semplice lettura di queste disposizioni di legge dimostra che il n. 1 dell'art. 2029 contempla il caso ordinario, in cui la estinzione della ipoteca non è un fatto giuridico di per sè stante, ma una conseguenza dall'estinzione della obbligazione alla quale accede; mentre invece, nei cinque numeri successivi dello stesso articolo, si contemplano altrettanti casi nei quali l'ipoteca si estingue non ostante che la obbligazione continui a sussistere: la prescrizione poi, considerata nel successivo articolo 2030, agisce in doppio modo sulla estinzione della ipoteca: talvolta con la prescrizione del credito, rientrando allora nel caso contemplato al n. 1 dell'art. 2029; tal'altra indipendentemente da tale prescrizione, lasciandolo sussistere, e venendo ad estinguersi, per speciale disposto di legge, la ipoteca soltanto. Il primo caso non presenta particolari difficoltà, rientrando nella regola generale del citato art. 2029, n. 1; il secondo invece sarà preso nel dovuto

esame trattando degli altri modi di estinzione della ipoteca indipendentemente dalla estinzione della obbligazione principale.

Per procedere con ordine e con chiarezza è necessario esaminare in sezioni separate.

a) La estinzione della ipoteca determinata dallo estinguersi della obbligazione (*estinzione indiretta*) ;

b) La estinzione della ipoteca indipendentemente dalla estinzione della obbligazione (*estinzione diretta*).

Nella prima sezione verrà per tal modo dato il conveniente sviluppo al principio proclamato nell' art. 2029 num. 1 cod. civ. La sezione seconda porgerà il commento dei rimanenti numeri dello stesso articolo, e dell' articolo successivo, nella parte in cui considera la prescrizione della ipoteca indipendentemente dal credito, che continua a sussistere.

In una terza sezione sarà poi considerata la rinascenza della ipoteca nèl caso in cui il fatto estintivo della obbligazione sia dichiarato nullo (art. 2031 cod. civ.) con la particolare disposizione riguardante il grado della ipoteca tornata a rivivere (art. 2032 cod. civ.).

SEZIONE I

ESTINZIONE INDIRETTA DELLA IPOTECA.

SOMMARIO

708. Per sviluppare convenientemente il principio che con la estinzione della obbligazione garantita ipotecariamente anco la ipoteca viene ad estinguersi, noi non dobbiamo nè possiamo pren-

dere in esame uno per uno i modi di estinzione della obbligazione enumerati nell' art. 1236 cod. civ., nè far seguire il commento delle norme di legge che governano ciascuno di essi; così facendo daremmo a questa parte del nostro studio un eccessivo sviluppo e ci allontaneremmo dal tema da noi preso in esame. Invero, fra i modi di estinzione dell' obbligazione ve ne sono alcuni, i quali non presentano in relazione alla estinzione della ipoteca speciali difficoltà: accordata dal creditore la rimessione del debito, venuta meno per totale perimento la cosa dovuta senza colpa del debitore e prima che questi fosse in mora, annullato o rescisso il negozio giuridico dal quale la obbligazione aveva vita, o verificatasi la condizione risolutiva al medesimo apposta, venuta meno finalmente l' obbligazione garantita con la prescrizione estintiva, anche la ipoteca viene necessariamente ad estinguersi, e la sua cancellazione può essere domandata giudizialmente, ove non venga concessa spontaneamente da chi è in obbligo di consentirla.

Gli altri modi di estinzione della obbligazione non ricordati espressamente, presentano però, dallo speciale punto di vista della estinzione della ipoteca, alcune singolarità, che vogliono essere prese in separato esame.

709. Incominciamo dal primo, principale e più ordinario modo di estinzione della obbligazione, che è il pagamento.

Il pagamento, presa questa espressione nel suo lato senso, che comprende non soltanto lo sborso di una somma di danaro, ma più generalmente il soddisfacimento della prestazione dovuta al creditore (1), estingue la ipoteca quando è estintivo, non quando

---

(1) In questo senso la Cassazione di Firenze ebbe a decidere che la ipoteca giudiziale iscritta per sicurezza della obbligazione di consegnare una cosa mobile cessa con la consegna e cessano con essa gli effetti delle cessioni che il creditore avesse fatte. Sentenza del 13 novembre 1879, *Temi Ven.*, IX, 656.

è traslativo del credito in colui che lo effettua, ottenendo per convenzione o per disposto di legge la surrogazione nella ipoteca spettante al creditore (art. 1251 e seg. cod. civ.).

Per determinare quindi se il pagamento estingue la ipoteca, occorre distinguere: se questo è fatto dal debitore, la estinzione è una conseguenza necessaria di questo suo speciale modo di essere; se poi è fatto da un terzo, occorre ricercare la intenzione dalla quale il terzo stesso era animato nel farsi a pagare il debito altrui; se egli si trovava in uno dei casi contemplati nell'art. 1233 cod. civ., e pagava nell' interesse proprio onde essere surrogato di diritto nelle ragioni del creditore, o se, non trovandosi in uno di questi casi, stipulava espressamente la surrogazione nelle due ipotesi contemplate nell' art. 1252 dello stesso codice, la ipoteca non si estingue. In tutti gli altri casi la estinzione della ipoteca è una conseguenza logica e indeclinabile del pagamento che opera la estinzione della obbligazione (1).

In questo senso fu deciso che il pagamento estingue *ipso jure* il debito, e ne fa cessare le garanzie, anche quando il creditore retrocede successivamente al debitore la somma ricevuta con reciproca dichiarazione che il pagamento dovesse annullarsi e considerarsi come non avvenuto, perchè la retrocessione crea un debito nuovo, privo delle guarentigie che assicuravano il debito primitivo, ma non è atto a far rivivere questo, che col pagamento era ormai irrevocabilmente estinto (2).

Fu deciso ancora che la ipoteca costituita a garanzia di un contratto di enfiteusi cessa con l'affrancazione, nè può essere operativa di faccia ai terzi per il prezzo di affrancazione non pagato, o pagato soltanto in parte dall' utilista (3).

---

(1) Trib. Camerino, 15 luglio 1889, *Legge*, XXX, I, 632.

(2) Torino, 31 dicembre 1868, *Giur. tor.*, VI, 28.

(3) Cass. Torino, 5 gennaio 1867, *Giur. it.*, XIX, I, 11. La decisione è giusta nella ipotesi che la iscrizione sia presa soltanto per sicurezza delle ob-

Fu deciso inoltre che estinta di diritto la ipoteca con la estinzione della obbligazione, non si potrebbe pattuire validamente di non cancellarla e di tenerla ferma per garentire una nuova obbligazione; tale convenzione, che potrebbe spiegare la sua efficacia fra le parti, non avrebbe valore alcuno di fronte ai terzi, i quali, avendo acquistato dei diritti sull'immobile ipotecato, sarebbero ammessi ad opporre la verificata estinzione della ipoteca e la nullità della convenzione con la quale si sarebbe voluta tener ferma (1).

710. Al pagamento che estingue la obbligazione, e con essa la ipoteca, non è da equipararsi sempre il deposito che sussegue la offerta reale di cui agli articoli 1259 e seg. cod. civ. Infatti l'art. 1263 dello stesso codice dispone che il deposito può dal debitore essere ritirato finchè non è stato accettato dal creditore, e, ove questa ipotesi si avveri, è evidente che la ipoteca non può ritenersi estinta.

Estinta invece deve ritenersi se accettato il deposito, o dichiarato valido il medesimo con sentenza passata in giudicato, il creditore consente che il medesimo sia ritirato dal debitore. In-

---

bligazioni dell'enfiteuta durante la vita del vincolo enfiteutico. La ipotesi però è poco rispondente alle esigenze della pratica perchè il concedente, garentito quanto al pagamento dei canoni dal privilegio sulle raccolte del fondo enfiteutico, e quanto alla conservazione del suo diritto dalla natura reale immobiliare del medesimo, non ha bisogno di procurarsi, di regola, una garenzia ipotecaria, anco perchè, verificandosi la devoluzione del fondo a suo favore, le ipoteche costituite dall'enfiteuta vengono ad estinguersi e si risolvono sul compenso a lui dovuto pei miglioramenti secondo dispone l'art. 1567 cod. civ. Se il concedente prende iscrizione, la prende per il capitale corrispondente all'annuo canone, ossia per il prezzo di affrancazione, e in tal caso la estinzione contemplata nella decisione riportata nel testo non si verifica, mentre è appunto per provvedere alla propria sicurezza in caso di affrancazione che il concedente ha iscritto la ipoteca a proprio favore.

(1) Palermo, 9 aprile 1895, *Circ. giur.*, 1895, 151.

fatti l'art. 1265 cod. civ., contemplando appunto questo caso, dispone che il creditore il quale ha consentito il ritiro del deposito non può più valersi, pel pagamento del suo credito, dei privilegi e delle ipoteche che vi erano annesse, il che evidentemente vuol dire che la obbligazione la quale sussiste dopo il ritiro del deposito « è una obbligazione nuova nel suo fondamento e nella « sua causa giuridica, riproducente soltanto dell'antica il conte- « nuto materiale ed economico » (1).

In contrario non potrebbe obiettarsi che siamo nel caso di novazione oggettiva, ossia di sostituzione di obbligazione nuova all'antica, nella quale è lecito alle parti, come fra poco vedremo, di fare espresso riservo delle ipoteche che stavano a garantirla (art. 1274 cod. civ.). La novazione presuppone la estinzione della obbligazione preesistente mediante la creazione della obbligazione nuova; nel caso testè contemplato, invece, la obbligazione antica era estinta, non con la offerta reale e col deposito, ma con l'accettazione di quest' ultimo o con la giudiziale dichiarazione della sua validità: il credito che sorge con il ritiro del deposito consentito dal creditore, è pertanto un credito nuovo, sorto dopo che il credito antecedente era estinto, ed era estinta con esso la ipoteca che stava a garantirlo: per questo la legge espressamente dichiara che il creditore non può più valersi, per il pagamento del suo credito, dei privilegi e delle ipoteche che vi erano annesse, applicando la nota regola romana « *cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent* ».

(1) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XLVII, n. 2. Giustamente osserva in proposito il citato scrittore che la ipoteca, come accidentalità di un credito, non può considerarsi tacitamente ripristinata dalle parti sol perchè queste riproducono in un nuovo *vinculum juris* gli identici elementi obbiettivi e sostanziali di un antico ed estinto rapporto giuridico; occorre per ciò un espresso e nuovo titolo ipotecario che dia alla nuova obbligazione cotesta speciale sicurezza e garentia di adempimento.

711. Perchè produca la estinzione della ipoteca, il pagamento deve essere totale. Il pagamento parziale non estingue la ipoteca per la parte corrispondente, stante la sua indivisibilità (1). Conseguentemente, sebbene siasi pagato ad uno dei coeredi del creditore tutto ciò che era dovuto a questo coerede per la sua porzione, la ipoteca non si estingue neppure in parte, e tutti i beni restano vincolati per ciò che è dovuto agli altri coeredi; e viceversa, se uno degli eredi del debitore paga la sua porzione, tutti i beni, anche quelli assegnati a questo condebitore che ha pagato tutto quello che da lui era dovuto, rimangono ipotecati per sicurezza di ciò che è dovuto dagli altri coeredi (2).

Il contrario dovrebbe dirsi se fosse stato espressamente pattuito, nel contratto di costituzione d' ipoteca, che estinta una parte del debito anche la ipoteca dovesse essere cancellata proporzionalmente, quanto alla somma o quanto ai beni; ma questa, piuttosto che estinzione parziale della ipoteca, proveniente dalla parziale estinzione del debito, è obbligazione personale di cancellarla parzialmente derivante dal patto speciale; eccezione alla regola, governata da norme sue proprie, che non possono erigersi a regola, governata da norme sue proprie, che non possono erigersi a regola generale.

712. La novazione, essendo un modo di estinzione della obbligazione, estingue di regola anco la ipoteca che sta a garantirla; estinguendo però la obbligazione col sostituire una obbligazione nuova, non è vietato al creditore di impedire, pur consentendola, la estinzione della ipoteca, con il farne espressa riserva (3). Dispone infatti l'art. 1274 cod. civ., citato di sopra, che «i privi-«legi e le ipoteche del credito anteriore non passano in quello che «gli è sostituito, se il creditore non ne ha fatta espressa riserva»;

---

(1) MELUCCI, *op.* e *loc. cit.*; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, II, 85.

(2) POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 411.

(3) Cass. Roma, 2 aprile 1883, *Annali di giur. it.*, XVII, I, 1, 79; Casale, 17 aprile 1894, *Giur. tor.*, 1894, 528.

lo che si applica tanto alla novazione oggettiva, che si opera sostituendo un nuovo debito all'antico che rimane estinto (art. 1267, n. 1 cod. civ.), quanto alla soggettiva, derivante da cambiamento di persona nel debitore o nel creditore (art. 1267 n. 2 e 3). Invero la ipotesi della riserva si adatta egualmente a tutti questi diversi casi, perchè, non presumendosi la novazione, e occorrendo per compierla un atto dal quale chiaramente resulti la volontà di effettuarla (art. 1269 cod. civ.), nulla vieta che questa dichiarazione di volontà sia accompagnata dalla manifestata intenzione di conservare le garanzie ipotecarie pattuite precedentemente (1). Accetto di ricevere una somma di danaro in luogo del servigio che mi avevi promesso, pagherete a Tizio anzichè a me, consento di ricevere il pagamento da Tizio anzichè da Caio, può dire il creditore; ma in tutti questi casi può soggiungere di consentire la creazione del nuovo debito in sostituzione dell'antico a condizione che resti ferma la ipoteca che stava a garantire il debito che per tal modo viene ad estinguersi (2).

Fuori del caso della riserva espressa di cui all'art. 1274 cod. civ., la novazione, estinguendo l' obbligazione, estingue l' ipoteca che ne è l'accessorio. Occorre però che si abbia novazione vera

(1) Erra pertanto, a parer nostro, il MELUCCI, il quale ritiene che quando la novazione ha luogo per sostituzione di un nuovo debitore all' antico, il creditore non possa riservare la ipoteca costituita per sicurezza del debito anteriore senza il consenso di quest' ultimo. Il creditore non accetterà la novazione, e perciò questa non avrà luogo, ove non venga accettata la di lui riserva. Mancando per conseguenza il consenso dell' antico debitore, non potrebbe dirsi estinta la ipoteca, mentre dovrebbe dirsi invece non avvenuta la novazione.

(2) Fu deciso in questo senso che la ipoteca consentita a garanzia dell'apertura di un credito in conto corrente non si estingue se le somministrazioni sono state fatte d'accordo a persona diversa da quella a cui furono promesse, e che consentì la ipoteca, purchè siasi da tutti gl' interessati pattuito che questa dovesse restar ferma non ostante l'avvenuta novazione (Cass. Roma, 7 luglio 1892, *Annali di giur. it.*, XXVI, I, 1, 367).

e propria, non semplice indicazione, fatta dal debitore, di una persona che debba pagare in sua vece, nè semplice indicazione, fatta dal creditore, di una persona che per lui debba ricevere: queste indicazioni modificano ma non estinguono l' obbligazione (art. 1273 cod. civ.), e non possono per conseguenza servire di fondamento alla estinzione della ipoteca.

Lo stesso è a dirsi della collocazione del credito in graduatoria; la designazione del liberatario che deve pagare, con tanta rata del prezzo da lui dovuto, il credito collocato utilmente, non estingue il credito, nè la ipoteca (1); per quanto fatta dall' autorità giudiziaria, questa designazione non produce novazione; la estinzione del credito, e della ipoteca che ne è l' accessorio, ha luogo soltanto con il pagamento della nota di collocazione, mentre, ove il pagamento non avvenga, ha luogo una novazione oggettiva per effetto della liquidazione, continuando a sussistere la ipoteca all' oggetto di agire ipotecariamente, e nei tre anni anco per via di rivendita, contro l'aggiudicatario inadempiente.

È da osservare finalmente che non si fa luogo a novazione quando avviene mutamento soltanto di obbligazioni accessorie, e di garenzie ipotecarie del debito, potendosi mutare o modificare le garanzie di una obbligazione, ed anche rinunziarvi senza che perciò sia novata la obbligazione stessa (2).

---

(1) Trib. Pinerolo, 13 maggio 1879, *Giur. tor.*, XVI, 415; POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 415.

(2) Cass. Torino, 14 decembre 1882, *Giur. tor.*, XX, 94. Osserva opportunamente il MELUCCI (*op. cit.*, Lez. XLVII, n. 5), che riservata la ipoteca dell' antica obbligazione, secondo la ipotesi configurata nell' art. 1274 cod. civ., essa non protegge la obbligazione nuova se non nei limiti della sua iscrizione: se pertanto il nuovo debito sostituito all' antico fosse più esteso, non sarebbe garantito ipotecariamente se non nei limiti della iscrizione presa per sicurezza del debito anteriore. È pure importante in argomento la sentenza della corte d'appello di Genova (18 luglio 1893, *Giurista*, III, 267), la quale ebbe a decidere che « il consenso prestato da un creditore, senza alcuna riserva, a che

713. La compensazione che ha luogo di diritto, e di diritto produce la estinzione del debito col credito che una persona ha verso l'altra per la quantità corrispondente (art. 1286 cod. civ.), opera sì fattamente la estinzione della ipoteca inerente al credito compensato, che il debitore a cui favore si era verificata la compensazione, e che invece ha pagato il suo debito, non può valersi della sua ipoteca per ottenere pagamento di ciò che gli è dovuto, in pregiudizio dei terzi, sempre che non abbia avuto, e non possa dedurre, un giusto motivo d'ignoranza. In questo senso dispone l'art. 1295 cod. civ.: «Quegli che ha pagato un debito, il quale «di diritto era estinto in forza della compensazione, e poi pro«pone il credito per cui non ha opposto la compensazione, non «può, in pregiudizio dei terzi, valersi dei privilegi, delle ipo«teche o cauzioni annesse al suo credito, sempreché non abbia «avuto un giusto motivo d'ignorare il credito che avrebbe do«vuto compensare il suo debito». Noi dobbiamo limitarci a rinviare, per le occorrenti dilucidazioni, agli scrittori che trattano specialmente di questo e degli altri modi di estinzione delle obbligazioni, osservando soltanto che nella ipotesi contemplata nella seconda parte dell'articolo sopracitato, non è esatto il dire che la legge considera estinti il vecchio debito e il vecchio credito di colui che ha eseguito il pagamento, trasportando per ragioni d'equità la ipoteca di tal credito al nuovo credito resultante dall'indebito pagato (1): più conforme alla realtà ci sembra infatti il considerare come sopravvissuto il credito non opposto in compensazione; soltanto se il creditore non ignorava, quando fece il pagamento del suo debito, la esistenza del credito e della ipo-

---

« il suo credito sia passato in un conto corrente aperto col debitore, induce « novazione e produce conseguentemente la caducità della ipoteca per l'art. 1274 « cod. civ. ».

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. XLVII, n. 4.

teca, non può valersi di questa in pregiudizio dei terzi aventi ipoteca posteriore, o diritto a collocazione, come creditori chirografari, sul prezzo dell'immobile ipotecato; se ignorava questa esistenza, e aveva giusto motivo di ignorarla, il pagamento da lui eseguito non è di ostacolo a che possa valersi della ipoteca stessa.

714. Anche la confusione, per quanto annoverata dall'art. 1236 cod. civ. fra le cause di estinzione della obbligazione, ha dato luogo a speciali osservazioni in relazione alla estinzione della ipoteca, essendo prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza la opinione che essa, piuttosto che causa di vera estinzione del credito, e della ipoteca che sta a garantirlo, sia una semplice causa d'impossibilità dell'esercizio dell'azione relativa. Noi pensiamo però che queste osservazioni non abbiano fondamento; avvenuta la riunione in una stessa persona delle qualità di debitore e di creditore, il credito è estinto, ed è estinta l'ipoteca che lo garantisce; se poi le due qualità vengono nuovamente a risiedere in persone diverse, bisogna considerare la causa per la quale accade questo fatto giuridico; se è risoluto il rapporto che aveva dato luogo alla riunione, potrà rivivere il credito, e anche l'ipoteca, con questa riserva però, che se è stata cancellata, non prenderà grado che della nuova iscrizione; se invece il rapporto che aveva dato luogo alla riunione non sia risoluto, ma susseguito da altro rapporto che torni a dividere il credito e il debito fra due persone diverse, la supposizione di una risurrezione della ipoteca è assolutamente da escludere. Estinta definitivamente per la verificatasi estinzione della obbligazione, la ipoteca non può tornare a rivivere (1).

---

(1) Il caso fu deciso in termini della corte d'appello di Casale in una interessante sentenza del 25 novembre 1881, *Giur. casal.*, I, 374. Un figlio aveva garantito su beni proprii la dote ritirata dal padre: divenuto erede della madre, il credito sussisteva a suo favore contro il padre, ma la ipoteca era estinta per confusione. Avendo ceduto il credito a un terzo, si disputava se il ces-

715. Al caso della estinzione della obbligazione, che produce per necessario implicito la estinzione della ipoteca che sta a garantirla, è da equipararsi, quando si tratta di ipoteca giudiziale, il caso di revoca della sentenza in forza della quale la ipoteca era stata iscritta. La legge non annovera fra i casi di estinzione della ipoteca questo, che qui crediamo utile ricordare; ma il silenzio della legge non può impedire che si verifichi, essendo conforme alla speciale natura della ipoteca giudiziale: fondamento di essa è la sentenza di condanna: è in forza di essa che viene iscritta; revocata la sentenza, il suo fondamento vien meno, e la iscrizione deve essere cancellata; ove il creditore si rifiutasse a consentire tale cancellazione, questa potrebbe essere richiesta giudizialmente e dovrebbe essere ordinata nei modi di legge.

La giurisprudenza ha supplito, del resto, al silenzio della legge, stabilendo appunto che revocata la sentenza in base alla quale era stata iscritta la ipoteca giudiziale, questa rimane necessariamente annullata (1); se poi la sentenza non fosse stata revocata,

---

sionario avesse acquistato col credito anco la garanzia ipotecaria sui beni del cedente, e tale acquisto fu escluso stante la verificata estinzione della garanzia stessa. Mentre approviamo pienamente questa decisione, approviamo egualmente l'altra della corte di cassazione di Torino del 13 febbraio 1891 (*Giur. it.*, 1891, I, I, 357), con la quale fu detto che la ipoteca non si estingue per avere il creditore acquistato il fondo ipotecato a suo favore, e che, per conseguenza, se egli cede, dopo l'acquisto, il credito, ed è poi espropriato dal fondo acquistato, il cessionario ha diritto di essere collocato secondo il grado della iscrizione, quantunque la subastazione sia promossa da un creditore personale dell'acquirente. Infatti per l'acquisto dell'immobile ipotecato, non era estinto il credito, che continuava a sussistere, e non era per conseguenza estinta la ipoteca, la quale, ceduto il credito, poteva spiegare il suo effetto utile. L'art. 1252, n. 2 cod. civ. dimostra all'evidenza la opportunità e la utilità di questa soluzione, e la possibilità giuridica della ipoteca sulla cosa propria nel caso speciale di cui si tratta.

(1) Cass. Napoli, 13 maggio 1886, *Dir. e giur.*, I, 560.

ma riformata, come se uno che era stato condannato in primo grado come fideiussore solidale, fosse stato condannato in appello come fideiussore semplice, la ipoteca continuerebbe a sussistere per sicurezza della obbligazione modificata, ma non estinta per la sentenza di secondo grado (1).

SEZIONE II

ESTINZIONE DIRETTA DELLA IPOTECA.

SOMMARIO

716. Distruzione dell' immobile gravato—717. Distruzione giuridica—718. Ipoteche su beni indivisi. Loro estinzione per assegnazione — 719. Diritti resultanti dall'art. 1951 cod. civ.—720. Rinunzia del creditore—721. Regole da osservarsi in proposito — 722. Rinunzie a titolo gratuito. Non soggette alla forma delle donazioni — 723. Rinunzia totale e parziale — 724. Pagamento dell' intero prezzo nel giudizio di graduazione—725. Produce l'estinzione di tutte le ipoteche purchè fatto nei modi di legge — 726. Spirare del termine a cui l' ipoteca fu limitata — 727. Verificazione della condizione risolutiva — 728. Prescrizione. Osservazioni generali in proposito — 729. La prescrizione dell' ipoteca nei rapporti col debitore non può derivare che dalla prescrizione del credito — 730. Principio diverso ammesso dalla legge per i beni posseduti da un terzo — 731. Decorrenza di questa prescrizione speciale della ipoteca — 732. Cause che sospendono e interrompono la prescrizione stessa.

716. Viene in primo luogo, fra le cause che agiscono direttamente sulla ipoteca e ne producono la estinzione, pur continuando a sussistere la obbligazione con essa garantita, « *la distruzione dell' immobile gravato* ».

Invero la ipoteca come diritto reale non può concepirsi senza

---

(1) Casale, 6 aprile 1868, *Gazz. trib. Gen.*, XX, I, 636.

una cosa che ne sia oggetto, ed è per questo che venuto a perire l'immobile sul quale la ipoteca era costituita, ed era stata debitamente iscritta, anche l'ipoteca vien meno per una necessità imprescindibile conforme alla natura delle cose. Occorre però che il perimento dell'immobile gravato sia totale; se fosse parziale, la ipoteca continuerebbe a sussistere su ciò che rimane, purchè conservi la qualità d'immobile. Così, rovinato l'edifizio, l'ipoteca continuerebbe a gravare l'area, ma non i materiali, divenuti cose mobili, e per ciò non suscettivi d'ipoteca, con la loro separazione; distrutto il fondo, per la la corrosione del fiume, l'ipoteca sussisterebbe su quella parte, sia pur minima, che ne restasse; non però su quei materiali distaccati che andassero a formare un'alluvione in aumento di altro fondo spettante ad altro od anche allo stesso proprietario, mancando la possibilità d'identificarli e di constatarne la provenienza; che se poi una parte del fondo venisse avulsa, secondo la ipotesi contemplata nell'art. 456 cod. civ., non si potrebbe parlare di distruzione di quella parte considerevole e riconoscibile dell'immobile ipotecato, che fosse stata trasportata in altra sede; la ipoteca continuerebbe a sussistere, e il diritto che spetta al proprietario di reclamarne la proprietà entro l'anno, e anche in epoca posteriore se il proprietario del fondo a cui si unì la parte staccata non ne avesse preso possesso, potrebbe essere esercitato dal creditore ipotecario, stante il suo manifesto interesse a farlo valere.

Casi di distruzione parziale dell'immobile gravato, che producono la parziale estinzione della ipoteca, sono tutti quelli di distacco dall'immobile di tutto ciò che ne forma parte integrante, per qualsiasi causa avvenga; piante d'alto fusto atterrate dalla forza maggiore o dal fatto dell'uomo, materiali di un edifizio, sostanze estratte da una cava o da una miniera; terreno vegetale asportato a detrimento della produttività del fondo. Un'azione ipotecaria sopra tutto ciò, non è in alcun modo ammissibile; al

creditore ipotecario non appartiene contro il terzo acquirente che l'azione di risarcimento in ordine all'art. 1151 cod. civ., quando ne ricorrano gli estremi; contro il debitore poi, competeranno al creditore i rimedii speciali di cui agli art. 1176, 1980 cod. civ., come fu largamente spiegato parlando della ipoteca nel suo oggetto (1).

717. Alla distruzione effettiva e materiale dell'immobile gravato è da equipararsi allo speciale effetto della estinzione della ipoteca, la sua distruzione puramente giuridica, o civile che dir si voglia, la quale si ha nel caso in cui, essendo ipotecato un diritto reale, come un usufrutto, o un rapporto nascente dal contratto di enfiteusi, il diritto stesso venga ad estinguersi.

Considerando la ipoteca nel suo oggetto, avemmo occasione di parlare diffusamente di questi casi (2), nè quì vogliamo ripetere cose già dette, alle quali nulla di sostanziale avremmo da aggiungere.

718. È da tenere parola piuttosto di un altro caso, che presenta con la distruzione dell'immobile gravato, presa la parola « *distruzione* » nel suo senso giuridico o civile, una affinità evidente. Vogliamo alludere al caso della ipoteca costituita da un condomino sulla porzione indivisa di un immobile che poi nel contratto di divisione viene assegnato ad altro condividente. Anco di questo fu tenuto parola trattando della ipoteca considerata nelle varie sue specie (3), ma non sarà inutile qualche ulteriore osservazione.

Dal principio che ciascun partecipante può ipotecare la sua quota, ma che l'effetto della ipoteca si limita a quella porzione che verrà a spettare al partecipante nella divisione (art. 679,

(1) Vol. I di questo trattato, n. 295 e seg. pag. 538 e seg.
(2) Vol. I di questo trattato, n. 298 e seg., 309 e seg. pag. 544, 564.
(3) Vol. I di questo trattato, n. 207, pag. 348.

cod. civ.), deriva che se nella divisione l' immobile ipotecato non viene a spettare al debitore, neppure in parte, l' ipoteca si estingue (1): se viene a spettargli in parte, l' ipoteca ha effetto per quella parte soltanto, e si estingue per ogni di più (2). L' assegnatario dell' immobile ipotecato, non tenuto pel debito, può, dopo la divisione, esigere la cancellazione della ipoteca, la quale, del resto, essendo estinta per l'avvenuta assegnazione, non potrebbe, anco restando materialmente iscritta sui registri, spiegare contro di lui alcun effetto utile. Le spese della cancellazione dovrebbero in tal caso essere anticipate da chi la domanda, ma ricadrebbero in definitiva contro il condomino debitore, che col fatto proprio vi avrebbe dato causa (3).

719. La estinzione dell' ipoteca ha luogo, in caso di distruzione dell' immobile gravato, salvi i diritti resultanti dall'art. 1951 cod. civ. Anche di questo non accade parlare diffusamente. Il largo commento che dell' articolo suddetto fu da noi altrove esposto, ci dispensa da ogni ulteriore osservazione in proposito (4).

720. Viene in secondo luogo, come causa speciale di estinzione diretta della ipoteca, « *la rinunzia del creditore* », la quale può essere consentita per atto unilaterale, con espressa ed anche con tacita manifestazione di volontà, purchè in quest' ultimo caso resulti chiaramente la intenzione di rinunziare.

In seno alla commissione senatoria era stata esclusa la validità della rinunzia tacita, e a somiglianza di quanto era disposto in alcuni dei precedenti codici italiani (5), era stata richiesta la

(1) Trani, 16 giugno 1894, *Pisanelli*, 1895, 68.

(2) Torino, 9 aprile 1895, *Giur. tor.*, 1895, 389.

(3) Genova, 19 febbraio 1895, *Temi gen.*, 1895, 202.

(4) V. il nostro trattato *Dei privilegi*, numeri 44-65, pag. 75-111.

(5) Cod. albertino art. 2300; Cod. parmense art. 2249; Cod. estense articolo 2251. Disponevano come il Cod. civile italiano, parlando in genere di rinunzia del creditore, il Cod. francese, art. 2180 e il Cod. napolitano articolo 2074.

rinunzia espressa; ma la commissione di coordinamento votò la soppressione della parola «*espressa*», ammettendo così che la rinunzia potesse essere anco tacita, secondò i principii generali del diritto (1).

---

(1) *Processi verbali*, XLIII, n. 4: « Successivamente si prende ad esami-« nare la modificazione fatta dalla Commissione senatoria, nel supplemento « della sua relazione del 12 scorso novembre, al n. 3 dell'art. 2054 (art. 2029 « del Cod.), il quale, determinando i modi con cui le ipoteche si estinguono, « novera tra questi, al detto n. 3, *la rinunzia del creditore*, la quale modifica-« zione consisterebbe nell'aggiungere la parola — *espressa* — dopo la parola — « *rinunzia*. Dice un commissario, De Foresta, che questa aggiunta fu fatta « dalla commissione senatoria in seguito ad un emendamento proposto da un « senatore per troncare in senso negativo lá grave questione sorta in Francia, « se potesse bastare per estinguere l'ipoteca anche una rinunzia tacita, purchè « positiva e legalmente provata, avendo considerato la Commissione senatoria « che le rinunzie non si devono presumere e devono resultare in modo espli-« cito; che d'altronde, ammettendo l'efficacia delle rinunzie tacite, si dà luogo « a molte liti ed a pericolosi arbitrii. Ma la presente Commissione, senza con-« testare il merito delle considerazioni che hanno indotto la Commissione se-« natoria ad accettare la detta proposta, non crede di poterla anch'essa am-« mettere, perchè possono esservi rinunzie che, sebbene non siano fatte in « modo diretto e con parole esplicite, risultino bensì solo indirettamente da « altri atti o convenzioni, ma in modo talmente certo ed evidente, che sarebbe « ingiusto, e perfino immorale, di non ammetterle e di lasciarle prive di ef-« fetto, spettando all'ufficio ed alla prudenza dei giudici di non ammettere che « quelle rinunzie, le quali non possono lasciare il menomo dubbio ». Il MIRABELLI (*op. cit.*, pag. 244) non approva l'operato della Commissione coordinatrice, parendogli pericolosa per il diritto dei terzi la tolleranza della rinunzia tacita. « La cessione dei crediti ipotecari, dice egli, è divenuta con ciò vie « più difficile e pericolosa, tostochè la estinzione della ipoteca della quale sono « forniti i crediti non deve resultare da rinunzia espressa della medesima, ma « anche da atti e documenti dei quali l'interpretazione della rinunzia è affi-« data all'ufficio ed alla prudenza dei giudici e possono d'altronde essere ignoti « al cessionario ». L'azione di garanzia verso il cedente, non affida il ricordato scrittore, potendo essere illusoria e sterile per la non solvenza del medesimo.

Il determinare nei singoli casi se il creditore abbia realmente inteso di rinunziare alla ipoteca, o semplicemente al grado derivante dalla iscrizione della medesima, è una questione di mero fatto, intorno alla quale non possono stabilirsi principii assoluti.

Come caso di rinunzia alla ipoteca, e non al semplice grado, si cita comunemente l'assenso prestato dal creditore alla vendita dell'immobile ipotecato; ma se questo assenso non è accompagnato da espresso consenso di cancellazione della iscrizione, come il compratore potrebbe accontentarsene, mentre è risaputo che l'ipoteca è inerente ai beni e li segue presso qualunque possessore? Del pari il consenso prestato da un creditore perchè l'immobile a suo favore ipotecato, venga ipotecato a favore di altro creditore, può apprendersi come rinunzia, ma può anchè avere il valore di semplice cessione della priorità del grado; ed è poi certo che l'assunzione di una nuova garanzia, per esempio di un pegno, non varrebbe di per sè sola a fare argomentare la rinunzia alla ipoteca, che precedentemente fosse stata iscritta (1).

721. Nel dubbio la renunzia dovrà piuttosto escludersi che ammettersi, secondo resulta anche dal verbale della commissione di coordinamento riportato di sopra in nota, ben potendo accadere che il creditore abbia inteso di rinunziare alla iscrizione, ma non alla ipoteca, e per conseguenza al diritto d'iscriverla nuovamente, quando se ne manifesti il bisogno. « *D'altra parte*, osserva « in proposito il Melucci, *la rinunzia che il creditore consente alla*

Di contrario avviso sembra il PACIFICI-MAZZONI (*op. cit.*, II, 91), il quale si limita a dire che l'autorità giudiziaria deve essere ben cauta nell'ammettere la rinunzia tacita « adoperando la interpretazione restrittiva nel senso più rigoroso della parola ».

(1) Firenze, 6 marzo 1871, *Annali di giur. it.*, XII, III, 123. Sopra tutto ciò cons. POCHINTESTA (*op. cit.*, II, 425 e seg.), dove, sulla scorta del Diritto romano, sono minutamente esaminati i vari casi.

« *sola iscrizione della sua ipoteca, e non pure al diritto d'ipoteca,* « *nel caso che l'ipotecante abbia un interesse a fare apparire momen-* « *taneamente sui registri l'immobile svincolato, non è causa di estin-* « *zione della ipoteca a termini del n. 3 dell'art. 2029, bensì causa* « *dell'estinzione del grado ipotecario fissato da quella iscrizione. Ep-* « *però, trascorso il termine, o eliminato lo stato di cose pel quale* « *il creditore consentiva la cancellazione della sua iscrizione, egli ha* « *il diritto di procedere ad una nuova iscrizione, in virtù del titolo* « *originario costitutivo della sua ipoteca, che mai si è estinta; sol* « *che, naturalmente, rispetto ai terzi, tale ipoteca non avrà efficacia* « *che a far grado dalla nuova iscrizione* » (1).

Deriva da ciò che chi vuol contrattare intorno ad un immobile con la certezza che il medesimo non sia colpito da ipoteche precedenti, non si contenterà mai di una rinunzia tacita, la quale può dar luogo a questioni ed essere interpretata diversamente. Se non che, possono verificarsi delle situazioni nelle quali, *ex post facto*, può tornare utile invocare la rinunzia tacita per parte del creditore, tanto più che di fronte ai terzi che abbiano acquistato diritti sull'immobile posteriormente alla cancellazione la rinunzia al grado e la rinunzia alla ipoteca si equivalgono, non potendo la nuova iscrizione, che vi sia diritto di prendere, ottenere grado che dalla sua data; se poi la iscrizione non è stata cancellata, ed ha continuato a figurare sopra i registri, l'assunto di chi volesse provare la rinunzia del creditore non è scevro di difficoltà, potendo qualunque dubbio servire ad escluderlo.

A questo proposito occorre osservare che il conservatore delle ipoteche non potrebbe mai farsi giudice della sussistenza di una rinunzia; egli non è tenuto ad eseguire la cancellazione se non in forza di un atto portante il consenso del creditore

---

(1) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. L, n. 1.

(art. 2033 cod. civ.) o in forza di sentenza o provvedimento passati in giudicato che ordini l' adempimento della relativa formalità (art. 2036 cod. civ.). Per ottenere la cancellazione non basterebbe quindi far resultare al conservatore l' atto o il fatto dal quale si argomenta la rinunzià tacita del creditore; fosse pure evidente la intenzione di rinunziare, fosse il fatto talmente univoco da non poter ricevere interpretazione diversa, fosse l' atto talmente chiaro da non generare il menomo dubbio, il conservatore sarebbe egualmente nel diritto di esigere o il consenso espresso o il provvedimento giudiziale; intanto la iscrizione rimarrebbe sui registri e la vera intenzione del supposto rinunziante resulterebbe dal consenso da lui successivamente prestato alla cancellazione, o dalla discussione in contradittorio davanti all' autorità giudiziaria. Ciò toglie alla rinunzia tacita la massima parte della sua importanza: ma ne allontana in pari tempo i pericoli, e vale a far salvi i diritti dei terzi, che in materia ipotecaria devono sempre essere presi in grandissima considerazione.

722. Dal fatto che la rinunzia alla ipoteca può essere consentita non solo a titolo oneroso, ma ancora a titolo gratuito, per puro spirito di liberalità e per far cosa utile e grata al debitore, non deriva che in questo ultimo caso possa la medesima equipararsi alla donazione e richiedersi per essa l' atto pubblico a pena di nullità, secondo prescrive per la vera donazione l' art. 1056 cod. civ. In questo senso è stato giustamente osservato che non tutti gli atti a titolo gratuito, non tutti gli atti cioè con i quali uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all' altro senza equivalente (art. 1101 cod. civ.), sono equiparati alla donazione per ciò che attiene alla forma. Chi penserebbe di esigere l' atto pubblico per la rimessione del debito? Lo stesso è a dirsi della rinunzia di cui si tratta, la quale, per quanto fatta *ad instar donationis*, non è una donazione: fatta per atto di spontanea volontà,

non infetta di errore, di violenza o di dolo, è irrevocabile, e possono profittarne tutti coloro che vi hanno interesse.

723. Finalmente occorre appena avvertire che la rinunzia può essere totale o parziale; valere cioè per tutti gl' immobili ipotecati o per una parte soltanto; come se, consentendo la vendita di una parte di essi, il creditore manifestasse da un lato la non dubbia intenzione di rinunziare alla ipoteca sui beni alienati, ma dimostrasse in pari tempo la volontà di conservarla su quelli che restano in proprietà del debitore.

724. *Il pagamento dell' intero prezzo nei modi stabiliti dalla legge nei giudizi di graduazione*, è una terza causa di estinzione della ipoteca indipendentemente dalla estinzione della obbligazione garantita con la medesima.

Invero il giudizio di graduazione, tanto se sussegue la vendita coatta promossa contro il debitore, quanto se è stato dichiarato aperto sulle istanze del terzo possessore che ha ottemperato alle formalità stabilite dalla legge per la liberazione degli immobili da lui acquistati, ha sempre per fine ultimo la cancellazione delle ipoteche iscritte sopra i beni il cui prezzo cade in distribuzione. Sono però da distinguere le ipoteche le quali procurano utile collocazione al creditore a cui favore sono iscritte, da quelle che non danno tale resultato. Soltanto per queste ultime si verifica il modo speciale di estinzione di cui è parola nel n. 4 dell'art. 2029 cod. civ., imperocchè il pagamento dell' intero prezzo è operativo della loro estinzione sebbene il loro titolare nulla sia riuscito a conseguire; le ipoteche del creditore collocato in grado utile si estinguono invece col pagamento, cioè con l' estinzione dell' obbligazione garantita con le medesime.

Invero il terzo possessore dell' immobile ipotecato che ha ottemperato alle note formalità della sezione X del capo delle ipoteche, il liberatario dell' immobile escusso in pregiudizio del de-

bitore, o subastato al seguito del rilascio o della richiesta d'incanto proposta di fronte all'offerta dell'acquirente, e in genere chi, dopo avere acquistato un immobile, è autorizzato a distribuire per via di regolare giudizio di graduazione il prezzo del suo acquisto, come l'amministrazione pubblica in seguito di espropriazione forzata per pubblica utilità, hanno diritto di ottenere la completa liberazione dell'immobile del quale hanno pagato l'intero prezzo, facendo ricorso al giudice delegato alla graduazione, affinchè ordini la cancellazione di tutte le iscrizioni che lo gravano nei modi stabiliti dall'art. 719 del cod. di proc. civ. Questa cancellazione però sarà totale e assoluta per le ipoteche le quali hanno spiegato il loro effetto utile col pagamento del credito garantito con le medesime; parziale, invece, e relativa, per quelle che non l'hanno spiegato, nel senso che queste vengono cancellate dall'immobile che ne resta liberato, ferme restando sopra gli altri beni colpiti delle medesime (1).

725. Perchè si verifichi la estinzione di tutte le ipoteche gravanti l'immobile, il cui prezzo forma oggetto di distribuzione, non basta però il pagamento dell'intero prezzo, occorre che questo pagamento avvenga nei modi stabiliti dalla legge. Se per esempio a un creditore non fosse stato notificato dal terzo possessore l'atto di offerta di cui agli art. 2043 e 2044 cod. civ., o fosse stata omessa dal creditore istante nel giudizio di espropriazione la notificazione del bando di vendita coatta, la cancellazione della sua ipoteca non potrebbe venire ordinata in confronto di quel creditore. Deriva da ciò che il giudice delegato, prima di emettere la ordinanza di cui all'art. 719 del cod. di proc. civ., è tenuto a verificare se la notificazione dell'atto di offerta in caso di purgazione, e del bando di vendita coatta nel caso di espropriazione,

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, II, 94; MIRABELLI, *Delle ipoteche*, pag. 267 e seg.; MELUCCI, *op. cit.*, Lez. L, n. 7 e seg.; POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 429.

hanno avuto luogo riguardo a tutti i creditori iscritti; se riguardo ad alcuni non fosse stata fatta, la loro ipoteca non sarebbe estinta e non potrebbe esserne ordinata la cancellazione; il liberatario e il terzo possessore potrebbero essere tenuti al pagamento della somma dovuta a questi creditori, secondo il grado della loro iscrizione, non ostante il pagamento dell' intero prezzo avvenuto a favore di creditori posteriori, che avessero ottenuto utile collocazione per effetto di quella omissione. In tal caso chi si trovasse esposto a pagare in tutto o in parte una seconda volta il prezzo da lu dovuto, avrebbe, oltre l' azione di ripetizione dell' indebito verso il creditore al quale il pagamento non era dovuto, l' azione di risarcimento: verso il conservatore, se la omissione fosse a lui imputabile, verso chi ordinò la notificazione del bando, o dell'atto di offerta, se avesse omesso di farla eseguire a un creditore che figurava nel certificato rilasciatogli a tale oggetto.

Invero la omissione della notificazione a un creditore debitamente iscritto non può avere che una di queste due cause: o il conservatore ha omesso di riportare nel certificato la iscrizione esistente a suo favore sui registri, ed egli è dalla legge dichiarato responsabile delle conseguenze di questa sua negligenza (articolo 2067, n. 2 cod. civ.); o il certificato era regolare e completo, e la omissione è imputabile al terzo possessore che ha istituito il giudizio di purgazione, o al creditore istante che ha proceduto alla notificazione del bando, e sono costoro che devono risponderne, in virtù del principio generale scritto negli art. 1151 e seg. cod. civ.

Costoro non potrebbero riversare sul procuratore o sull' usciere la loro responsabilità, ma potrebbero agire in via di regresso contro i medesimi, provando di aver fornito gli elementi indispensabili per il regolare espletamento delle occorrenti formalità e di non aver dato causa al fatto dannoso con la propria negligenza.

Perchè poi il creditore il quale non presentò la sua domanda di collocazione per non essere stato notificato del bando o del l'atto di offerta, abbia diritto a conseguire pagamento del suo credito, malgrado il pagamento avvenuto a favore d'altri, non basta che provi che l'atto non gli fu notificato: occorre che provi altresì che se gli fosse stato notificato, e avesse potuto presentare la sua domanda, sarebbe stato collocato in grado utile, perchè la omissione verificatasi a suo riguardo non deve essere occasione o pretesto a conseguire un utile non dovuto.

726. Viene in quarto luogo, fra i modi di diretta estinzione delle ipoteche annoverati dalla legge (art. 2029 n. 5 cod. civ.), *lo spirare del termine a cui furono limitate.*

Il cod. francese (art. 2180) e i precedenti codici italiani, non che le leggi ipotecarie vigenti in Toscana e negli Stati della Chiesa, non annoveravano questo modo di estinzione della ipoteca nè l'altro che segue, della condizione risolutiva stata apposta alla sua costituzione. Esso si argomentava però, nel silenzio di quei codici e di quelle leggi, dai principii generali del diritto, essendo evidente che chi costituisce una ipoteca può limitarne la durata a un determinato tempo, specialmente se si tratta di una garanzia eventuale per sicurezza di una possibile evizione, o di una garanzia pel debito altrui (1).

Occorre però un termine speciale espressamente apposto, il quale non è da confondere col termine apposto all'obbligazione garantita, che è cosa del tutto diversa (2). Se infatti è vero che l'ipoteca si estingue per la scadenza del termine a cui fu limitata, è pur vero essere questo termine cosa ben diversa dal termine dell'obbligazione, perchè scaduto questo, e rimasta la obbligazione inadempiuta, la ipoteca spiega il suo effetto utile, per

---

(1) Mirabelli, *op. cit.*, pag. 250; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 95.

(2) Cass. Torino, 16 luglio 1889, *Giur. tor.*, XXVI, 562.

modo che, accordata un' ipoteca in guarentigia di obbligazione a termine, la ipoteca stessa non si estingue con lo scadere di questo, ma soltanto con l' estinguersi dell' obbligazione (1).

In questo senso giustamente fu deciso che nei contratti a tempo, quando le parti continuano ad eseguirli dopo la scadenza del termine, i medesimi s'intendono protratti nella loro integrità, salvi i diritti dei terzi, e che per conseguenza continua a sussistere l'ipoteca consentita per un contratto a tempo, anche dopo la sua scadenza, se la obbligazione non fu anche eseguita (2).

Conseguentemente per vedere se siasi verificato il modo speciale di estinzione della ipoteca di cui è parola nel n. 5 dell' art. 2029 cod. civ. bisogna por mente all' intenzione delle parti, e distinguere nettamente secondo che la ipoteca fu realmente limitata a un tempo prestabilito, o le fu assegnata la durata, pure limitata, attribuita alla obbligazione garentita con la medesima. Si verificherebbe il primo caso se Tizio, garantendo Caio con un'ipoteca dall' evizione del fondo vendutogli, avesse dichiarato, a modo di esempio, che quella ipoteca dovesse durare per dieci anni, o avesse limitato ad egual tempo, l'ipoteca che costituisse a favore di Caio per sicurezza di un debito di Sempronio. Che se invece lo stesso Tizio dasse a Caio ipoteca per garentire il pagamento di una cambiale a sei mesi, o ad un anno, o per sicurezza di un mutuo contratto per tempo determinato, la scadenza del termine non porterebbe di per sè la estinzione dell' ipoteca, mentre questo esorbitante effetto non potrebbe aver causa in altro che nell'estinzione dell'obbligazione garentita. Lo stesso sarebbe a dirsi se la ipoteca fosse data per sicurezza di un' apertura di credito limitata a un tempo determinato; la sola scadenza del ter-

(1) Cit. decisione, non che la sentenza confermata con la medesima (Casale, 14 gennaio 1889, *Giur. cas.*, IX, 28).

(2) Cass. Napoli, 1° agosto 1891, *Mor. giur.*, 1891, 77.

mine non indurrebbe estinzione della garanzia, mentre la materiale esistenza della relativa iscrizione sui registri basta a porre in guardia i terzi e a far loro presumere che il credito garantito continui a sussistere. Dato infatti l'inadempimento della obbligazione, il creditore è in diritto di agire per ottenere pagamento di ciò che gli è dovuto, e sarebbe assurdo il supporre che la ipoteca venisse meno appunto quando è giunto il momento di farla valere; quando invece l'ipoteca è stata limitata a un determinato tempo, indipendente dalla durata dell'obbligazione principale, la sua estinzione si opera di diritto con lo spirare del termine, e qualunque interessato è ammesso a dedurla.

727. Viene in quinto luogo, nella categoria di modi di estinzione della ipoteca della quale ci stiamo occupando, *il verificarsi della condizione risolutiva che vi fu apposta* (art. 2029, n. 6 cod. civ.), come se un Tizio, costituendo ipoteca per sicurezza di un debito proprio od altrui, avesse espressamente dichiarato che dovesse venir meno questa garanzia quando si verificasse un dato avvenimento che la rendesse superflua (1). Così per esempio se Tizio dasse ipoteca a Caio sopra il fondo A e sul fondo B, dichiarando che la ipoteca sul fondo B dovrà reputarsi estinta quando sul fondo A sia compiuta la casa adesso in costruzione; o che dovrà essere limitata a uno dei due fondi, quando sia estinta una parte del debito; o che dovrà aversi per estinta sopra ambedue, quando sia dato un pegno, o sia garantita l'obbligazione in altro modo; si avrebbero altrettanti casi di estinzione della ipoteca pel verificarsi di una condizione risolutiva, la quale potrebbe esser fatta valere, non soltanto dal debitore, ma altresì da qualsiasi interessato, come, ad esempio, da un creditore posteriormente iscritto (2).

---

(1) MELUCCI, *op. cit.*, Lez. L, n. 10.

(2) Per l'applicazione del principio contenuto nell'art. 2029, n. 6 cod. civ. cons.: Cass. Roma, 24 gennaio 1885, *Legge*, XXVI, II, 728; Catania, 22 gen-

Con la condizione di cui è parola nel n. 6 dell'art. 2029 cod. civ. non sarebbe da confondere la condizione risolutiva appresa all'obbligazione garantita ipotecariamente, la quale non sarebbe causa diretta di estinzione della ipoteca, ma ne cagionerebbe la estinzione indirettamente per l'estinguersi dell'obbligazione; ed è poi ovvio osservare, che anco la condizione risolutiva che opera la estinzione del dominio di chi ha costituito l'ipoteca produce la estinzione di questa, ma in modo sostanzialmente diverso da quello ora preso in esame, dando luogo, cioè, a un fatto giuridico che sarebbe da equipararsi alla distruzione dell'immobile gravato (art. 1976 cod. civ.).

728. In sesto ed ultimo luogo viene fra le cause di estinzione diretta della ipoteca, la *prescrizione* di essa, indipendentemente dalla prescrizione del credito (art. 2130 cod. civ.). Il codice tratta di questo modo di estinzione separatamente dagli altri, attesa la sua speciale importanza. Invero prescritto il credito, ed estinta per conseguenza la obbligazione, è prescritta indirettamente ma necessariamente anco la ipoteca, che non ha più ragione di essere; ma la ipoteca può estinguersi direttamente per via di prescrizione, pur continuando il credito a sussistere; ed è di questo modo speciale di estinzione che dobbiamo adesso tenere discorso.

Riportammo più sopra la disposizione dell'art. 2130 cod. civ. e vedemmo come nei rapporti diretti fra creditore e debitore la prescrizione della ipoteca non può verificarsi se non con la prescrizione del credito. È soltanto a favore del terzo possessore dell'immobile ipotecato che può verificarsi il modo speciale di estinzione della ipoteca che consiste nella prescrizione della medesima indipendentemente dalla prescrizione del credito con essa garantito. Invero di fronte al debitore l'azione personale e l'azione

---

naio 1883, *Giur. it.*, XXXV, I, II, 231; Catanzaro, 16 maggio 1881, *Foro calab.*, II, 84.

ipotecaria vanno di pari passo, questa altro non essendo che un accessorio di quella, non vivente di vita sua propria. Ben diversa è la situazione giuridica del terzo possessore, non obbligato personalmente pel debito ma soltanto ipotecariamente; di fronte a lui l'azione ipotecaria non è accessoria, ma principale e di per se stante; per questo il codice applica di fronte a lui il principio generale che tutte le azioni si prescrivono col decorso di trent'anni (articolo 2135 cod. civ.), dichiarando che riguardo ai beni posseduti dai terzi le ipoteche si estinguono col decorso di trent' anni secondo le regole stabilite nel titolo della prescrizione (1).

---

(1) Diverso è, come è noto, il sistema seguito dal codice francese il quale applica alla estinzione della ipoteca a favore del terzo possessore le norme della prescrizione acquisitiva della proprietà. Art. 2180 capov. 2° cod. francese: « Quant'aux biens qui sont dans les mains d'un tiers detenteur, elle lui « est acquise (la prescription) par le temps réglé pour la prescription de la « propriété à son profit ». Fu forse avvertendo i gravi inconvenienti di questo sistema, e la prescrizione troppo breve cui dava luogo, che nel progetto di riforma ipotecaria discusso in Francia intorno alla metà di questo secolo, e rimasto inattuato, era stato introdotto un articolo, il 2191, così concepito: « L' hypothèque n'est pas susceptible de prescription, independamment de l'o- « bligation principale ». Seguendo l' esempio della legge ipotecaria del Belgio (art. 108) e del codice albertino (art. 2301) il legislatore italiano non ha ammesso altra prescrizione dell' ipoteca a favore del terzo possessore che quella di trent'anni. La prescrizione decennale dell' art. 2137 cod. civ., che del resto è acquisitiva non estintiva, suppone la buona fede: or chi può sul serio parlare di buona fede del terzo possessore dell' immobile ipotecato, mentre egli è costituito in mala fede dell' esistenza della iscrizione sui pubblici registri? Come il cod. francese disponevano: il cod. napoletano, art. 2074; il cod. parmense, art. 2250; il cod. estense, art. 2252; la legge ipotecaria toscana, art. 170 e seg. Non è mancato chi ha preteso di sostenere la prescrizione decennale della ipoteca a favore dell'acquirente di buona fede di un immobile anche sotto l' impero del cod. civ. italiano, ma la giurisprudenza si è costantemente ribellata a questa opinione, contradetta dall' art. 2130 cod. civ. (Palermo, 24 aprile 1880, *Foro it.*, 1880, I, 1249; Cass. Palermo, 28 marzo 1885, *Foro it.*, 1885, I, 27; Cass. Roma, 13 febbraio 1896, *Foro it.*, 1896, I, 965).

Al terzo possessore che è in grado di eccepire a proprio favore la prescrizione trentennale della ipoteca iscritta sul fondo da lui acquistato, non può opporsi in contrario il difetto di titolo o di buona fede (art. 2135 cod. civ.), e non hanno luogo riguardo a lui le cause d'impedimento enunciate nell'art. 2120 cod. civ. (art. 2121 cod. civ.), le quali agiscono invece nei rapporti diretti fra creditore e debitore (1).

La pendenza del giudizio esecutivo, e di quello di graduazione, non è di ostacolo all'incominciamento e al decorrere della prescrizione di fronte al terzo possessore (2); d'altra parte la rinnovazione dell'iscrizione non interrompe la prescrizione a suo riguardo (3), richiedendosi a tale effetto che il creditore ipotecario, o gli faccia notificare il precetto trasmesso al debitore, con la intimazione di cui all'art. 2014 cod. civ., o proponga contro di lui l'azione tendente a far dichiarare la sussistenza della ipoteca, quando per essere il credito sospeso da termine o da condizione non gli sia dato di agire in via esecutiva (art. 2126 cod. civ.) (4).

729. Venendo adesso a prendere in più circostanziato esame la disposizione dell'art. 2130 cod. civ. nelle due parti nelle quali si decompone, osserviamo anzi tutto che apparisce inesatta, o per

(1) Torino, 23 febbraio 1879, *Giur. tor.*, XIV, 384, riguardo al credito condizionale; ma il principio può generalizzarsi a tutte quante le cause enunciate nell'art. 2120 cod. civ.

(2) Firenze, 25 luglio 1872, *Annali di giur. it.*, VI, II, 408; Cass. Palermo, 25 agosto 1887, *Legge*, XXVIII, I, 379.

(3) Cass. Firenze, 31 decembre 1879, *Giur. it.*, XXXII, I, I, 344; Cass. Palermo, 11 agosto 1887, *Giur. it.*, 1888, I, I, 365.

(4) POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 439. Osserva questo scrittore che in applicazione dello stesso art. 2126 cod. civ. la Corte di cassazione di Napoli decise che il creditore di un'annua rendita può domandare al terzo possessore la recognizione del suo diritto d'ipoteca (sentenza del 30 aprile 1870, *Annali di giur. it.*, IV, I, I, 254).

lo meno superflua, la prima parte, laddove è dichiarato che riguardo ai beni posseduti dal debitore la prescrizione della ipoteca si compie con la prescrizione del credito; inesatta, perchè la prescrizione del credito, producendo la estinzione della obbligazione, non agisce sulla ipoteca in modo speciale e di per sè stante; superflua, perchè in ogni modo si comprende, nè occorreva una particolare disposizione per dichiararlo, che estinta la obbligazione garantita con la ipoteca, anco la ipoteca vien meno, in virtù del principio generale posto nell' art. 2029 n. 1 cod. civ.

A giustificazione di questa prima parte dell' art. 2030 cod. civ. si è osservato che il legislatore nostro ha voluto eliminare il dubbio che in proposito alla estinzione della ipoteca per la prescrizione del credito poteva derivare da ciò, che per Diritto romano il credito si prescriveva in trent' anni e la ipoteca in quaranta, dando luogo così alla strana anomalia di un' ipoteca non prescritta per sicurezza di un credito ora mai prescritto e per ciò irripetibile (1); ma è ovvio rispondere che tale giustificazione è del tutto inadequata al soggetto, mentre è evidente che senza una speciale disposizione niuno avrebbe mai potuto supporre, non che sostenere, che la ipoteca destinata a garantire la obbligazione, potesse avere durata maggiore della obbligazione stessa (2).

---

(1) Pochintesta, *op. cit.*, II, 434; Melucci, *op. cit.*, Lez. LI, n. 4.—L. 7 Cod. *de praescript. trig. vel quad. ann.* (VII, 39). Osserva l' ultimo dei citati scrittori che questa situazione di cose veramente bizzarra, per la quale la garanzia sopravviveva alla estinzione del credito, ebbe varie spiegazioni dagli interpreti, le quali però mettono tutte capo al concetto di una obbligazione naturale sopravvivente alla obbligazione civile estinta per prescrizione dell' azione personale creditoria.

(2) « Non di meno, dice il Melucci (*loc. cit.*), era stato tale e tanto il « disputare dell'antica dottrina e giurisprudenza intorno a quella prescrizione « quarantennaria dell' ipoteca, che il moderno legislatore fu come trascinato a « ricordarla, per darle un definitivo e chiaro ostracismo, e dire espressamente « che rispetto al debitore con la prescrizione del credito tutto era finito, ed

Con la prescrizione della ipoteca derivante riguardo al debitore unicamente dalla prescrizione del credito, non è da confondere la sopravvenuta inefficacia della medesima per difetto di rinnovazione in tempo utile, la quale non produce perdita della ipoteca, ma bensì del grado inerente alla medesima (1), come fu dimostrato a suo luogo (sopra n. 496 e seg.).

730. Nella sua seconda parte l'art. 2030 dispone che riguardo ai beni posseduti dai terzi la prescrizione della ipoteca si compie anche col decorso di trent'anni, indicando così che il modo ordinario del verificarsi di questo speciale fatto giuridico è sempre la prescrizione del credito, e che per eccezione, riguardo al terzo possessore, anche il semplice decorso del periodo trentennale opera lo stesso effetto, ferma restando la ipoteca sopra i beni rimasti in proprietà del debitore, finchè il debito non sia prescritto, o la obbligazione non sia estinta in altro modo.

Può avvenire pertanto che una stessa ipoteca, iscritta sopra diversi beni, continui a sussistere sopra quelli rimasti in proprietà del debitore, e sia prescritta pel decorso del tempo voluto dalla legge per quelli passati in proprietà altrui, senza che il loro acquirente abbia assunto pel debito personale obbligazione.

Non è questa, ben si intende, una *usucapio libertatis*, come quella del codice francese, ripudiata dal legislatore nostro, ma è una prescrizione estintiva dell'azione ipotecaria, fondata unicamente sul principio generale dell'art. 2135 cod. civ.

Acquistando da chi non è proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio del quale ignora i vizi, il terzo possessore si pone entro dieci anni al coperto dall'azione di rivendicazione del vero proprietario in virtù dell'art. 2137 cod. civ.;

« insieme ad essa si operava anche la prescrizione, o, meglio, la estinzione « della ipoteca ».

(1) Palermo, 24 agosto 1894, *Foro sic.*, 1894, 269.

ma non si pone al coperto dall'azione del creditore ipotecario, pel combinato disposto degli articoli 2030, 2035 dello stesso codice, se non col decorso di trent'anni, alla pari di chi avesse acquistato validamente dal vero proprietario, o di chi fosse entrato in possesso dell'immobile senza titolo di sorta, o in virtù di un titolo del quale gli erano noti i vizi.

Per quanto tale sistema siasi voluto censurare (1), è evidente che esso ha il pregio della uniformità; ed è del pari evidente che è conforme al rigore dei principii, perchè la prescrizione estintiva dell'azione è sostanzialmente diversa della prescrizione acquisitiva della proprietà e degli altri diritti reali. In contrario si è detto essere assurdo che mentre in dieci anni si può acquistare la proprietà, ne occorrano trenta per acquistare la ipoteca, che è un semplice diritto reale, tanto meno esteso della proprietà; ma la osservazione è inesatta e priva di valore, perchè la speciale prescrizione dell'art. 2130 non tende a far acquistare l'ipoteca, bensì a liberare l'immobile posseduto da un terzo acquirente dalla ipoteca spettante ad altri; non si acquista la ipoteca, ma si estingue l'azione ipotecaria del creditore; e allora è giusto applicare il principio generale dell'art. 2135, pel quale tutte le azioni, tanto reali quanto personali, si prescrivono col decorso di trent'anni (2).

Secondo il rigore dei principii, e segnatamente in virtù di quello che la ipoteca è accessorio del credito, la ipoteca non dovrebbe potersi prescrivere indipendentemente dal credito che è destinata a garantire. Se la legge ha creduto introdurre una eccezione a favore del terzo possessore, questa non è da estendere al di là del bisogno; l'acquirente di un immobile ipotecato non

---

(1) Specialmente da Huc, *Code civ. it.*, pag. 354, nel passo riportato anche da Pochintesta, *op. cit.*, II, 438.

(2) Cons. su tutto ciò Melucci, *op. cit.*, Lez. LII, n. 1 e seg.

è mai in buona fede, perchè i registri ipotecarii portano a sua legale conoscenza la esistenza del vincolo; è già molto se la legge gli concede la prescrizione trentennale; una prescrizione più breve, segnatamente quella dell'art. 2137 cod. civ., non trova applicazione alla speciale situazione giuridica nella quale egli si trova (1).

731. Vi è divergenza fra gl'interpreti sul punto di determinare da quando incominci a decorrere il periodo trentennale per la speciale prescrizione stabilita a favore del terzo possessore dall'art. 2130 cod. civ. Taluni pensano che la prescrizione incominci a decorrere soltanto dalla data della trascrizione del titolo di acquisto, essendo soltanto in virtù della trascrizione che l'acquisto opera i suoi effetti *erga omnes* e che l'acquirente può essere considerato tale di fronte al creditore ipotecario, che è estraneo, e per ciò terzo, di fronte al suo contratto (2). Altri opinano invece che la decorrenza del termine trentennale sia del tutto indipendente dalla trascrizione e che incominci dalla data dell'acquisto (3); la quale opinione sembra a noi preferibile, perchè il terzo acquirente, per opporre la prescrizione dell'ipoteca, non ha

---

(1) Persistendo nella opinione ripetutamente espressa, e che ormai crediamo di avere dimostrata erronea, il Melucci (*op. cit.*, Lez. LII, n. 6) equipara agli effetti dell'art. 2030 cod. civ., al terzo acquirente dell'immobile ipotecato, chi ha costituito l'ipoteca sul proprio fondo per sicurezza dell'altrui debito. La espressione « *beni posseduti dai terzi* » contenuta nel citato articolo, non può ricevere un tale significato. Il legislatore ha considerato con la espressione stessa il caso che i beni ipotecati per sicurezza del credito siano passati ai terzi gravati di cotesto vincolo. Quando invece è avvenuto che un terzo abbia fino dall'origine ipotecato i suoi beni per sicurezza del debito altrui, egli non è estraneo al rapporto giuridico intereeduto fra debitore e creditore. In questo caso, soltanto con la prescrizione del credito, può compiersi la sua liberazione, sebbene egli sia tenuto ipotecariamente e non personalmente.

(2) Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, II, 100.

(3) Melucci, *op. cit.*, Lez. LII, n. 7 e 8.

bisogno di giustificare l' avvenuta trascrizione del suo titolo, mentre gli basta eccepire il fatto del suo possesso. Diversamente occorrerebbe ammettere che chi ha acquistato la proprietà di un immobile per via di semplice possesso trentennale, non avendo la giuridica possibilità di far constare per via di trascrizione il fatto del suo acquisto, e tanto meno il momento giuridico in cui ha cominciato a possedere, non potrebbe mai eccepire l'estinzione della ipoteca per via di prescrizione. Or chi potrebbe negare che questa eccezione indubbiamente gli spetta di fronte alla espressione generica ed assoluta «*posseduti dai terzi*» contenuta nell' art. 2030 cod. civ.? Chi occupa, sia pure in mala fede, un immobile altrui, con tutti i requisiti del possesso legittimo, ne acquista in trent' anni la proprietà, e può respingere, decorso questo termine dal principio del suo possesso, l' azione di rivendicazione intentata contro di lui dal vero proprietario; ma nello stesso periodo di tempo si opera a suo favore la liberazione dell' immobile dalle ipoteche che lo gravano, e può respingere l' azione ipotecaria del creditore iscritto con la eccezione di prescrizione concessa riguardo ai beni posseduti dai terzi dell'art. 2030 cod. civ. Le due prescrizioni corrono contemporaneamente, e possono contemporaneamente essere opposte, senza che sia di ostacolo alla seconda il difetto di trascrizione di un titolo non esistente e non richiesto per siffatto modo di acquisto della proprietà.

Ammettendo il contrario concetto si verrebbe a dire che nel caso da noi configurato il possessore dovrebbe innanzi tutto possedere per trent' anni onde acquistare la proprietà; far poi constare per via di sentenza del suo acquisto, onde avere un titolo da rendere pubblico per via di trascrizione; eseguita la trascrizione, lasciar poi decorrere un altro periodo trentennale onde potere eccepire utilmente la prescrizione dell' azione ipotecaria contro il creditore iscritto. Ora questa doppia decorrenza di termini

a noi non sembra ammissibile; la prescrizione acquisitiva del dominio e la estintiva della ipoteca camminano, secondo noi, di pari passo, ed il possesso dell'immobile ipotecato serve di fondamento all'una ed all'altra (1).

732. Riguardo alle cause che sospendono la speciale prescrizione di cui si tratta, è da notare che il legislatore nostro, dopo aver dichiarato nell'art. 2120 che le prescrizioni non corrono contro i minori non emancipati e gli interdetti per infermità di mente,

---

(1) Per dimostrare che la prescrizione della ipoteca di cui all'art. 2030 cod. civ. corre indipendentemente dalla trascrizione di qualsivoglia titolo per parte del terzo possessore, il Melucci ricorre a un argomento tratto dell'articolo 2127 cod. civ. « Vedremo fra poco, dice egli (*op. cit.*, Lez. LII, n. 8) « come a termini dell' art. 2127 *la iscrizione non interrompe la prescrizione dell' ipoteca*. La legge dunque suppone che il creditore possa iscrivere la sua « ipoteca quando già ne sia cominciata la prescrizione a favore del terzo possessore; perchè non si può parlare d' interruzione, se non di fronte a una « prescrizione già in corso, a una prescrizione incominciata. Ora, quando è « che il creditore ipotecario può iscrivere la ipoteca, acquistata dal debitore, « contro il terzo possessore? Indubbiamente solo quando, e sino a quando, « questo terzo non abbia ancora trascritto il suo titolo di acquisto dell' immobile ipotecato; cioè nell' intervallo di tempo che corre fra l'atto di acquisto « e la trascrizione di esso, perchè, eseguita la trascrizione, a' termini dell' ultimo comma dell' art. 1942, non può più avere effetto contro l' acquirente « alcuna iscrizione di diritti acquistati verso il precedente proprietario, quantunque l'acquisto risalga a tempo anteriore al titolo trascritto; ed allora non « è più il caso di parlare di prescrizione o d' interruzione di prescrizione della « ipoteca, di cui invece l' immobile è restato *illico et immediate* liberato per « effetto della sola trascrizione. L'art. 2127 dunque, che contempla un' accensione d' ipoteca contro il terzo possessore, non può riferirsi che ad una iscrizione eseguita in tale intervallo di tempo; e dicendo che questa iscrizione « non interrompe la prescrizione dell' ipoteca, ammette e suppone già che tal « prescrizione sia cominciata prima e indipendentemente dalla trascrizione del « titolo di acquisto da parte del terzo possessore; ammette cioè, e suppone, « che sia cominciata dal momento del possesso del terzo ». La evidenza di questo ragionamento ci sembra incontestabile.

nè contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra, ancorchè non assenti dal Regno, riguardo ai diritti condizionali sino a che la condizione non siasi verificata, riguardo alle azioni in garanzia sino a che non abbia avuto luogo la evizione, riguardo al fondo dotale proprio della moglie ed al fondo specialmente ipotecato per la dote e per la esecuzione delle convenzioni matrimoniali, durante il matrimonio, e riguardo ad ogni altra azione il cui esercizio è sospeso da un termine fino a che il termine non sia scaduto, così dispone nel successivo art. 2121: « Nella pre-
« scrizione di trent'anni non hanno luogo le cause d'impedimento
« enunciate nel precedente articolo riguardo al terzo possessore
« di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile ». Per conseguenza il creditore ipotecario minore o interdetto, o il cui diritto è sospeso da un termine o da una condizione, o che si trova in una qualsiasi delle altre speciali situazioni contemplate nell'art. 2120 cod. civ., mentre è al sicuro dalla prescrizione di fronte al suo debitore diretto, può invece perdere il suo diritto d'ipoteca di fronte al terzo possessore dell'immobile gravato (1). I mezzi ordinari d'interruzione della prescrizione valgono a togliere a questa disposizione quello che può avere di maggiormente dannoso al suo interesse.

Per quello che concerne questi mezzi, noi non abbiamo che da far menzione del già ricordato art. 2127 cod. civ. pel quale « la iscrizione e la sua rinnovazione non interrompono la prescrizione della ipoteca ». Si tratta di atti unilaterali del creditore, ai quali tanto il debitore quanto il terzo possessore rimangono completamente estranei; per questo la legge non ha accordato ai medesimi efficacia interruttiva.

Questa efficacia è data anzitutto, per ciò che attiene al terzo possessore, alla notificazione di cui all'art. 2014 capov. cod. civ.

---

(1) Melucci, *op. cit.*, Lez. LIII, n. 1.

Ma se il diritto del creditore fosse sospeso da un termine o da una condizione, per modo che egli si trovasse nella impossibilità di esercitare l'azione ipotecaria, potrebbe agire contro il terzo possessore per la semplice dichiarazione della sussistenza del suo diritto, secondo il già ricordato principio dell'articolo 2127 cod. civ. (1).

SEZIONE III

RINASCENZA DELLA IPOTECA.

SOMMARIO

733. Per dare compimento alla materia della estinzione della ipoteca, dobbiamo finalmente far menzione delle disposizioni degli art. 2031, 2032 cod. civ., pel primo dei quali « *le ipoteche rinascono col credito se il pagamento è dichiarato nullo* », mentre per il secondo è chiarito il concetto di questa rinascenza, ed è coordinato al sistema della pubblicità, dichiarando che « *l'ipoteca, ogni qual volta rinasce, prende solamente grado dalla nuova iscrizione se la precedente non è stata conservata.*

Il principio proclamato per il caso di dichiarazione di nullità del pagamento, vale in genere per ogni fatto sopravvenuto che

(1) Il MELUCCI (*op. cit.*, Lez. LIII, n. 4), a proposito di questa speciale azione semplicemente dichiarativa del diritto preesistente, promossa all'unico oggetto d'impedire che il terzo possessore possa valersi della prescrizione trentenaria di cui all'art. 2030 cod. civ., si preoccupa della spesa che ricade sul terzo possessore; ma è ovvio osservare che questi, oltre avere nei congrui casi il regresso contro il debitore, convenuto in giudizio per la dichiarazione di sussistenza della ipoteca, può evitare la spesa della condanna emettendo una recognizione la quale ha gli stessi effetti a norma dell'art. 2029 cod. civ.: « La prescrizione è interrotta civilmente, quando il debitore o il possessore « riconosce il diritto di quello contro cui era cominciata ».

renda nulla la estinzione della ipoteca verificatasi per lo innanzi. La giurisprudenza ha avuto occasione di applicarlo al caso di annullamento della vendita giudiziale e del successivo giudizio di graduazione (1), e più frequentemente al caso della evizione della cosa data in pagamento del credito garantito con ipoteca (2).

Della non retroattività del rinascere dell'ipoteca quando l'iscrizione non è stata conservata, abbiamo veduto le ragioni e lo scopo commentando l'art. 2017 cod. civ., che è dalla giurisprudenza opportunamente equiparato all'art. 2032 ora preso in esame (3).

CAPO II

CANCELLAZIONE DELLE ISCRIZIONI.

SOMMARIO

734. La cancellazione delle iscrizioni è di due specie, secondo che è consentita dalle parti interessate, od ordinata giudizialmente.

Parleremo dei due casi in separate sezioni, comprendendo poi in una terza sezione le norme comuni ad ambedue.

---

(1) Cass. Torino, 28 ottobre 1884, *Giur. tor.*, XXI, 785.

(2) Torino, 28 ottobre 1872, *Giur. tor.*, X, 73; Cass. Torino, 14 maggio 1877, *Giur. tor.*, XIV, 582; Torino, 17 novembre 1884, *Giur. tor.*, XXII, 19. V. però: Catania, 4 aprile 1884, *Giur. cat.*, XIV, 96.

(3) Cass. Roma, 30 aprile 1880, *Giur. it.*, XXXII, I, I, 559.—Pochintesta, *op. cit.*, II, 442.

SEZIONE I

CANCELLAZIONE CONSENSUALE.

SOMMARIO

735. Osservazioni preliminari — 736. Forma del consenso — 737. Capacità necessaria a tale oggetto — 738. Consenso prestato nell' interesse altrui — 739. Poteri del conservatore in proposito.

735. Vedemmo già, parlando della riduzione, come il creditore possa consentire spontaneamente la cancellazione parziale della sua ipoteca, quanto ai beni gravati o quanto alla somma iscritta (sopra n. 476, pag. 251). Nello stesso modo egli può consentire la cancellazione totale della sua ipoteca, e quando il consenso sia prestato nei modi voluti della legge, da persona capace di contrattare, e di disporre per conseguenza della ipoteca alla quale il consenso si riferisce, la cancellazione ha luogo indipendentemente da ogni indagine sulla sussistenza del debito che la ipoteca stava a garantire, e persino sulla sussistenza ulteriore dell' ipoteca con diritto d' iscriverla nuovamente. Vedemmo già come fra i modi di estinzione della ipoteca figuri la rinunzia del creditore; la forma ordinaria di manifestarla è appunto il consenso alla cancellazione, lo che non esclude che quando avesse rinunziato alla ipoteca, espressamente o tacitamente, ma rifiutasse poi di consentirne la cancellazione, potrebbe esservi astretto nei modi di legge. Ma la cancellazione può essere consentita indipendentemente dalla rinunzia, conservando il diritto alla ipoteca e ad iscriverla nuovamente. Il determinare se il creditore, consentendo la cancellazione, ha inteso di rinunziare definitivamente alla ipoteca, o soltanto al grado derivante dalla iscrizione da cancellarsi, conservando il diritto d' iscriverla di nuovo, è quistione di fatto, implicando una ri-

cerca intenzionale intorno alla quale non possono dettarsi norme precise ed assolute: soltanto è da dire che nel dubbio dovrà presumersi il meno e non il più, e che, per conseguenza, quando il creditore continui a sussistere, si dovrà piuttosto ritenere che la cancellazione implichi rinunzia al grado derivante dalla ipoteca, che non al diritto d'iscriverla nuovamente (1).

736. Il consenso deve essere prestato, come abbiam detto, nel modo voluto dalla legge. Dispone a questo riguardo l'art. 2033 cod. civ.: « La cancellazione consentita dalle parti interessate sarà « eseguita dal conservatore in seguito alla presentazione dell'atto « portante il consenso del creditore. Per quest'atto devono osser- « varsi le disposizioni degli art. 1978, 1989 e 1990 ».

Il consenso deve dunque esser dato per iscritto, non verbalmente; occorre l'atto pubblico o la scrittura privata (art. 1978 cod. civ.); quando l'atto consista in una scrittura privata, non si può eseguire la cancellazione se la sottoscrizione del consenziente non è autenticata da notaio o accertata giudizialmente, e l'atto deve essere presentato in originale o in copia autentica rilasciata dall'archivista o dal notaio che l'ha in deposito (art. 1989 cod. civ.); trattandosi poi di atto seguito in paese estero, questo deve essere debitamente legalizzato (art. 1990 cod. civ.).

All'atto devono essere allegati, a forma del secondo dei citati articoli, i documenti necessarii ove occorra, come decreti autorizzativi, deliberazioni abilitanti la prestazione del consenso,

---

(1) Già lo avevano insegnato i romani: « Erit autem facti quaestio agi- « tanda, quid inter eos actum sit? Utrum ut discedatur ab hypotheca in to- « tum. . . an ut ordo servetur, et prior creditor secundo loco constituatur ». L. 12, 54 D. *qui potior. in pign.* V. su ciò, e sul principio posto nel testo, POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 446; Torino, 30 ottobre 1852, *Giur. it.*, IV, II, 830. Le rinunzie non si presumono e sono sempre da interpretarsi restrittivamente. (Cass. Firenze, 21 agosto 1891, *Temi ven.*, 1891. 197).

mandati di procura (1); e tanto l'atto di consenso, quanto gli allegati, devono restare in ufficio a giustificazione del conservatore (2).

Il consenso deve poi essere specifico, e indicare la data, il volume e l'articolo della iscrizione che si vuol cancellare, il nome e cognome del debitore e il credito a cui si riferisce: un consenso generico non basterebbe (3), come non basterebbe la promessa di consentire la cancellazione al verificarsi di un dato avvenimento (4).

---

(1) In questo senso fu deciso che se la cancellazione di una ipoteca è consentita dal mandatario, deve essere allegata all'atto di consenso la copia del mandato, comunque per atto pubblico, se il mandato non è integralmente trascritto nell'atto di consenso (Trib. Lecce, 7 maggio 1875, *Massime*, XIII, 325). Fu deciso analogamente che il conservatore può rifiutarsi di eseguire la cancellazione consentita da un mandatario, se non viene esibito il mandato: ancorchè la ipoteca fosse stata da principio consentita a favore del mandatario (Torino, 21 marzo 1879, *Giur. tor.*, XVI, 529).

(2) Le operazioni di cancellazione è fra le formalità ipotecarie la più pericolosa e per ciò la più delicata. La legge dichiara espressamente responsabile i conservatori delle cancellazioni indebitamente operate, le quali possano cagionare un danno irreparabile (art. 2067 n. 3 cod. civ.). È pertanto naturale che essi usino la massima prudenza nell'operarle, ed è scusabile la loro meticolosità in proposito.

(3) La contraria opinione, che quando il datore d'ipoteca esibisce l'atto di quietanza del creditore basta il consenso implicito (MELUCCI, *op. cit.*, Lez. XVI, n. 3), è evidentemente erronea e non merita accoglienza.

(4) Si ha in questo senso una recente e importante decisione della Cassazione di Torino del 24 settembre 1896 (*Giur. tor.*, 1896, 709), la quale ebbe occasione di fissare la massima seguente: « Il patto col quale concedendosi dal « debitore una ipoteca per l'intero suo debito, ed altra su altro fondo per una « parte del debito stesso, si conviene che questa debba essere cancellata tosto « che il debitore abbia pagato la somma corrispondente, non importa necessa- « riamente che tale ipoteca rimanga estinta di pieno diritto, ma può per in- « terpretazione del magistrato di merito ritenersi che nella intenzione delle « parti fosse, che avvenuto quel parziale pagamento, dovesse per la cancella-

Per quanto però la legge parli nell'art. 2033 di cancellazione consentita dalle parti interessate, è indubitato che basta il consenso del creditore, il quale può prestarlo validamente per atto unilaterale (1): il consenso del debitore, il quale ordinariamente interviene per richiedere la cancellazione, non è sostanziale, e il conservatore non può rifiutarsi di eseguirla quando venga domandata dallo stesso creditore, o da un terzo, quantunque non gli consti del consenso del debitore (2).

Generalmente parlando il consenso prestato non tiene luogo della cancellazione compiuta effettivamente, ma per benigna eccezione è stato deciso che il venditore il quale nel contratto di vendita si è obbligato a procurare la libertà del fondo, e a non ripetere il prezzo pattuito fino a che questa liberazione non è procurata, si libera dall' obbligo assunto offrendo al compratore di pagare il prezzo nelle mani del creditore ipotecario nell' atto stesso in cui il medesimo consente la cancellazione delle sue iscrizioni, dovendosi il compratore ritenere sufficientemente cautelato quando appunto il consenso di cancellazione è prestato contestualmente al pagamento del prezzo (3).

« zione seguire un nuovo atto di consenso, anche per accertare il concorso « delle condizioni per far luogo alla cancellazione. In conseguenza, se malgrado « il pagamento, la cancellazione non fu nè chiesta nè eseguita, e intanto ven« gono costituite nuove ipoteche sul fondo stesso a nuovi creditori, non pos« sano questi impugnare l' ipoteca stessa in pregiudizio di un terzo al quale il « creditore primitivo avesse accordato il sub-ingresso nella medesima ».

(1) L'art. 2033 parla di « *parti interessate* » per la ragione che oltre il consenso del creditore può occorrere quello di chi abbia annotato la iscrizione a proprio favore in uno dei casi contemplati nell'art. 1994 cod. civ.

(2) Fu deciso infatti che il consenso prestato dal creditore titolare di una iscrizione opera in ogni caso e produce effetto indipendentemente dall'accettazione e dal consenso del debitore o di qualsiasi altro interessato (Cass. Torino, 13 settembre 1892, *Annali di giur. it.*, XXVII, I, 58).

(3) Cass. Torino, 15 agosto 1871, *Legge*, X, I, 191. L'offerta di far cancellare l'ipoteca nell'atto stesso del pagamento fu ravvisata equivalente alla prova

737. Dicemmo in secondo luogo che la cancellazione non può essere efficacemente consentita da chi non abbia capacità di contrattare e di disporre conseguentemente della ipoteca alla quale il consenso si riferisce. Dispone infatti l' art. 2034 cod. civ.: « Quegli che non ha capacità per liberare il debitore non può « consentire alla cancellazione se non con l' assistenza delle per- « sone il cui intervento è necessario per la liberazione ». La disposizione riguarda principalmente i minori emancipati, gl' inabilitati e le donne maritate, persone tutte le quali, non potendo riscuotere capitali senza l'intervento del curatore e respettivamente senza autorizzazione del marito, non possono neppure senza il concorso delle stesse forme abilitanti consentire la cancellazione delle ipoteche che stanno a garantirli (articoli 315, 339, 134 cod. civ.).

Lo stesso è a dire dei genitori esercitanti la patria potestà sui

---

della eseguita cancellazione anco da una sentenza della corte d'appello di Casale del 25 novembre 1871 (*Giur. tor.*, IX, 92). Però deve aversi riguardo alla intenzione delle parti. Se il venditore non avesse assunto in modo generico l'obbligo di giustificare la libertà del fondo, ma specificatamente quello di far cancellare qualsiasi iscrizione gravante il medesimo, prima di poter esigere il pagamento del prezzo, la questione dovrebbe essere risoluta diversamente. Così, dato il patto che il mutuatario entro l' anno, sotto pena di decadenza del benefizio del termine, dovesse curare la radiazione delle ipoteche gravanti sul fondo dato in garanzia del mutuo, non può farsi luogo ad interpretazione. Decorso l' anno senza che la radiazione pattuita sia stata eseguita, la decadenza è inevitabilmente incorsa, quantunque i debiti siano stati pagati; perchè chi pattuisce la radiazione intiera delle ipoteche, si obbliga, non soltanto ad estinguere le passività, ma ancora e specialmente a procurare la effettiva cancellazione (Cass. Torino, 15 novembre 1866, *Giur. tor.*, IV, 20). Che dire del caso in cui la cancellazione fosse stata consentita nel termine pattuito, ma non fosse stata eseguita per ingiusto rifiuto del conservatore, rifiuto intorno al quale pendesse reclamo in via giudiziale? In tal caso, di decadenza non potrebbe parlarsi, perchè il debitore potrebbe invocare una causa estranea a lui non imputabile che lo esonererebbe dalle conseguenze della sua inadempienza (art. 1225 cod. civ.).

figli minori, dei tutori ed in genere degli amministratori degli affari altrui: pei genitori occorre l'autorizzazione del tribunale o del pretore, secondo che il ritiro del capitale e la conseguente cancellazione della ipoteca è o non è accompagnata da nuovo impiego (articoli 224, 225 cod. civ.); pei tutori la deliberazione autorizzativa del consiglio di famiglia (art. 296 cod. civ.); per gli amministratori finalmente un mandato speciale a quest' oggetto, o, secondo i casi, un'autorizzazione specifica della legittima rappresentanza dell'ente da essi amministrato.

738. Riguardo a queste ultime persone, le quali consentono la cancellazione della ipoteca nell' interesse altrui, la legge non si arresta qui, ma dispone ancora che per quanto siano autorizzate ad esigere e a liberare il debitore, non possono consentire validamente la cancellazione della ipoteca se non viene effettivamente pagato il credito garentito.

L' art. 2035 dispone infatti: « Il padre, il tutore, ed ogni « altro amministratore, ancorchè autorizzati ad esigere e liberare « il debitore, non possono consentire la cancellazione dell'iscrizio- « ne relativa al credito, se questo non viene soddisfatto ». La cancellazione della ipoteca, senza la contemporanea riscossione del credito con essa garantito, bene spesso lo compromette irreparabilmente e ne cagiona la perdita; soltanto chi ha la proprietà del credito può pertanto consentirla validamente senza che il credito venga contemporaneamente soddisfatto (1).

La disposizione non riguarda soltanto i genitori e i tutori, ma anche « *ogni altro amministratore* »; espressione questa talmente generale ed assoluta, che comprende non soltanto i rappresentanti di un ente morale, o di una pubblica amministrazione, e i così detti amministratori necessari, come gli immessi nel possesso temporaneo dei beni di un assente, l' erede beneficiato, il curatore

---

(1) Pochintesta, *op. cit.*, II, 447; Melucci, *op. cit.*, Lez. XVI, n. 4.

di un fallimento o di una eredità giacente, ma ancora qualsiasi persona che agisca in virtù di mandato nella rappresentanza altrui. La contraria opinione, che l'articolo si riferisca soltanto agli amministratori eletti per necessità alle sostanze di persone o enti morali specialmente protetti dalla legge (1), non è ammissibile di fronte ai termini generici della disposizione. Soltanto se il mandatario avesse avuto dal mandante espressa facoltà, non solo di esigere e di liberare il debitore, ma ancora di consentire la cancellazione senza il contemporaneo pagamento del credito, il consenso da lui prestato potrebbe essere operativo di effetto (art. 1741 cod. civ.).

Riguardo alle ipoteche che stanno a garantire crediti dotali, la cancellazione non può aver luogo senza consenso del marito e della moglie e senza preventiva autorizzazione del tribunale da impartirsi nei soli casi di necessità o di utilità evidente: si tratta infatti di una di quelle restrizioni delle ragioni dotali, che sono espressamente contemplate nell'art. 1404 cod. civ.

739. Dal principio posto nell' art. 2035 cod. civ. deriva che venendo presentato al conservatore un consenso di cancellazione sottoscritto da un rappresentante, egli è nel diritto di rifiutare la cancellazione se non venga contemporaneamente dimostrato che il pagamento ha avuto luogo; la sua responsabilità per le cancellazioni indebitamente operate, proclamata nel citato art. 2067

---

(1) L'art. 2035 fu ritenuto inapplicabile al mandatario generale *ad negotia*, dal tribunale di Cremona in una decisione di camera di consiglio del 23 novembre 1872 (*Mon. trib. Mil.*, XIII); ma la decisione è giustamente censurata da Pochintesta (*op. cit.*, II, 447, pag. 252 in nota); fu anche deciso in modo assoluto che l' art. 2035 non riguarda gli amministratori in genere ma quelli soltanto eletti per necessità ad amministrare le sostanze di persone specialmente protette dalla legge (Trib. Cremona, 23 novembre 1872, *Mon. trib. Mil.*, XIII, 172); ma la decisione non è, per la ragione esposta nel testo, meritevole di accoglienza.

n. 3 cod. civ., gli attribuisce il diritto di esigere rigorosamente la dimostrazione in parola.

Ciò vale non soltanto per il caso speciale di cui ci stiamo occupando, contemplato nell'art. 2035 cod. civ., ma generalmente per tutti i casi nei quali il consenso alla cancellazione, o l'atto di autorizzazione a prestarlo, si trovano subordinati a una condizione, come ad esempio ad un nuovo e proficuo impiego della somma riscossa, o alla iscrizione di altra ipoteca in surrogazione di quella della quale è stata consentita la cancellazione. In tutti questi casi, e negli altri consimili che possono configurarsi, il conservatore è nel diritto di rifiutare la cancellazione, se non gli risulta la puntuale osservanza della condizione alla quale per volontà delle parti o del giudice era stata subordinata. Ciò è disposto espressamente nell'art. 2037 cod. civ., che sarà da noi preso in esame parlando nella sezione terza di questo capitolo delle norme comuni alle due specie di cancellazione.

SEZIONE II

CANCELLAZIONE GIUDIZIALE.

SOMMARIO

740. La cancellazione può essere ordinata giudizialmente solo per insussistenza dell'ipoteca o per nullità dell'iscrizione — **741.** Cancellazione ordinata per sentenza. Promessa di cancellare — **742.** Casi ordinari. Autorità giudiziaria competente per valore e per territorio — **743.** Pronunzie del magistrato in proposito — **744.** Altri provvedimenti contemplati dalla legge. Giudizi di graduazione—**745.** Procedimento relativo—**746.** Significato della espressione « *passato in giudicato* ».

740. La cancellazione sarà anche eseguita dal conservatore quando viene ordinata giudizialmente con sentenza o provvedimento passati in giudicato (art. 2036 cod. civ.). A differenza però della cancellazione consensuale, che può essere consentita

dal creditore non ostante che il credito continui a sussistere, e senza che la cancellazione implichi assolutamente rinunzia al diritto di iscrivere nuovamente la ipoteca quando se ne presenti il bisogno, la cancellazione coattiva non può dall' autorità giudiziaria essere ordinata se non quando l' ipoteca non sussiste o l'iscrizione è nulla.

Prescindendo dal caso di nullità della iscrizione per mancanza dei requisiti essenziali, e per l' incertezza assoluta che ne deriva secondo l' art. 1998 cod. civ., nel qual caso la cancellazione può essere ordinata sulle istanze di un creditore posteriore, di un terzo possessore o di qualunque altro interessato (1), è evidente che la cancellazione coattiva presuppone la estinzione della ipoteca per una qualunque delle cause contemplate negli articoli 2029, 2030 cod. civ., nel capitolo precedente largamente esposte. Per questo abbiamo creduto opportuno di separare tutto ciò che attiene alla cancellazione dalla esposizione delle norme regolatrici dalle altre formalità ipotecarie: la materia della estinzione della ipoteca formava una premessa indispensabile al retto e completo svolgimento delle disposizioni riguardanti la cancellazione, strettamente connesse con la medesima.

Ogni qual volta si verifichi la estinzione della obbligazione, o la estinzione della ipoteca indipendentemente dalla estinzione della obbligazione, per una qualunque delle cause enumerate dalla legge, il debitore e qualunque altro interessato sono nel diritto di richiedere al creditore il consenso per la cancellazione della ipoteca, la quale non ha più ragione di esistere: ove il creditore non si presti volontariamente all' adempimento della obbligazione che gl' incombe in proposito, chi ha interesse ad ottenere la cancellazione non ha altro mezzo per costringervelo, che quello di

(1) Non però del debitore, il quale non vi ha interesse, in quanto la nullità della iscrizione non produce la insussistenza del debito.

ricorrere all' autorità giudiziaria competente promuovendo un giudizio contenzioso.

È in questi casi che si provvede per sentenza; e mentre le spese della cancellazione fanno carico al debitore, quando il creditore non si rifiuta di consentirla, le spese del giudizio al quale dà luogo il suo rifiuto, seguono la succombenza se questo si appalesa ingiusto, e se viene ordinata per sentenza una cancellazione che il creditore avrebbe dovuto consentire.

Si ordina poi la cancellazione non per via di sentenza, ma per via di provvedimento, che, sebbene non abbia le forme e le garanzie della sentenza, ha la forza esecutiva attribuita alla medesima, quando vi è stato giudizio di graduazione per la distribuzione del prezzo dell' immobile ipotecato: in tal caso l'aggiudicatario, tanto se vi fu spropriazione forzata, quanto se la vendita avvenne in seguito a giudizio di purgazione, e il terzo possessore che abbia istituito quest' ultimo giudizio senza che siasi fatto luogo a richiesta d'incanto per parte dei creditori iscritti, hanno diritto di ottenere dal giudice delegato la ordinanza di cancellazione delle ipoteche gravanti l' immobile il cui prezzo fu distribuito, giustificando la erogazione del prezzo stesso nel pagamento dei creditori collocati in grado utile secondo le disposizioni degli articoli 719 e seg. cod. proc. civ.

I due casi richiedono separato esame.

741. Non potendo la cancellazione essere ordinata per sentenza se non quando la ipoteca non sussiste o l'iscrizione è nulla l' autorità giudiziaria adìta deve limitare le proprie indagini alla ricerca dell' uno o dell' altro di questi estremi.

Potrebbe darsi però che il creditore si fosse obbligato a cancellare la sua ipoteca indipendentemente dalla insussistenza della medesima, o dalla nullità della iscrizione, quando si fosse verificata una eventualità qualsiasi determinata nel contratto, quando per esempio il debitore si fosse posto in grado di prestare una garanzia

diversa, ed effettivamente offrisse di prestarla, o quando il debito si fosse residuato a una data cifra. Anco in questi casi la cancellazione che non fosse consentita spontaneamente dal creditore potrebbe essere domandata e dovrebbe essere ordinata giudizialmente. In questo senso fu deciso che data una convenzione la quale determini alcuni casi nei quali deve farsi luogo alla cancellazione, questa non può essere ordinata se non si verifica alcuno di questi casi (1).

Ma qui, se ben si considera, siamo nel campo di applicazione della privata convenzione, non della legge. La cancellazione non viene ordinata perchè la ipoteca non sussiste o la iscrizione è nulla; viene ordinata perchè le parti hanno voluto e pattuito che l'ipoteca fosse cancellata verificandosi quella data eventualità.

742. Senza fermarci più oltre sopra questo caso, il quale esce dal campo delle nostre indagini, esaminiamo il caso ordinario contemplato dall' art. 2036 cod. civ. Il debitore ha estinto il debito, o si è verificato uno qualunque dei casi di estinzione diretta della ipoteca da noi presi in esame nel capitolo precedente; richiesto dal debitore, dato che vi abbia interesse, o da un creditore posteriore, o dal terzo possessore dell' immobile ipotecato, di consentire la cancellazione della sua ipoteca, il creditore si rifiuta; oppure il creditore consente, ma si rifiuta il cessionario, il creditore surrogato, o colui che ha acquistato un diritto di pegno sul credito, persone tutte le quali, ove abbiano annotato la iscrizione in loro favore, hanno diritto che l'iscrizione stessa non venga cancellata senza il loro consenso. Chi ha interesse e diritto alla cancellazione può citare avanti l' autorità giudiziaria competente colui che si rifiuta ingiustamente di prestare il necessario consenso.

Ma qual sarà l' autorità giudiziaria competente?

---

(1) Cass. Torino, 28 febbraio 1884, *Giur. tor.*, XXI, 315.

Per ciò che attiene alla competenza per valore, sarà il tribunale o il pretore, secondo che la somma iscritta supera o no le millecinquecento lire (1).

Per ciò che attiene alla competenza per territorio, la giurisprudenza è stata per qualche tempo dubbiosa, ma ormai può dirsi fissata nel senso che convenga distinguere; se l'azione per cancellazione è fine a sè stessa, e il provvedimento si domanda indipendentemente da qualsiasi indagine sulla sussistenza del credito, l'azione è considerata come *reale*, e per ciò come di competenza dell'autorità giudiziaria del luogo ove è situato l'immobile che si vuol liberato dalla iscrizione: se invece la controversia si aggira sulla sussistenza del credito, l'azione è personale e deve adirsi il foro del convenuto.

In altri termini, l'azione è reale quando si impugna la sussistenza dell'ipoteca per vizio di forma o per altro motivo qualsiasi, o anche perchè si contesta l'identità del fondo; è personale invece quando si pone in contestazione in modo principale e diretto la sussistenza del credito che la ipoteca è destinata a garantire (2).

---

(1) Venezia, 9 febbraio 1886, *Legge*, XXVI, II, 313; Venezia, 21 marzo 1890, *Temi ven.*, XV, 264. Alcune decisioni, le quali hanno ritenuto che debba aversi riguardo anche al valore dell'immobile ipotecato (Trib. Modena, 9 marzo 1886, *Riv. giur. Bol.*, XIV, 158) o esclusivamente a questo, qualunque sia la somma iscritta (Cagliari, 25 agosto 1886, *Annali di giur. it.*, XX, III, 467), non sono attendibili di fronte al disposto dell'art. 71 cod. proc. civ. A torto si fa ricorso all'art. 79 dello stesso codice, perchè la domanda di cancellazione di una ipoteca, non è una controversia sulla proprietà di beni immobili. V. in questo senso MIRABELLI, *op. cit.*, pag. 263.

(2) Perugia, 7 novembre 1881, *Legge*, XXII, I, 593; Brescia, 30 ottobre 1878, *Legge*, XIX, I, 710; Venezia, 4 agosto 1877, *Annali di giur. it.*, XI, III, 315; Trani, 27 febbraio 1877, *Legge*, XVII, I, 605; Lucca, 2 febbraio 1882, *Foro it.*, VII, I, 350; Torino, 21 ottobre 1893, *Giur. it.*, 1894, 155; Brescia, 27 decembre 1893, *Mon. trib. Mil.*, 1894, 330; Venezia, 27 febbraio 1890, *Temi ven.*, XV, 486; Lucca, 16 marzo 1888, *Annali di giur. it.*, XXII, III, 602; Trani, 6 mag-

La soprascritta soluzione, che può dirsi ormai universalmente accolta, trova il suo fondamento nell'articolo 1999 cod. civ., dove si distinguono le azioni alle quali le iscrizioni possono dar luogo contro i creditori, da quelle promosse dal debitore contro il suo creditore per la riduzione della ipoteca o per la cancellazione totale o parziale della iscrizione. Vero è che l'articolo parla soltanto della notificazione delle relative citazioni, la quale deve farsi al domicilio eletto nell'iscrizione, o nei modi ordinari stabiliti dal codice procedura civile, secondo che si agisce da un creditore verso gli altri, come nel caso dell'art. 4043 cod. civ., o dal debitore contro il creditore, come nel caso dell'art. 2036 cod. civ.; ma ciò non ostante porge il modo di risolvere anche la questione adesso presa in esame, perchè la differenza fra l'azione personale, che riguarda principalmente il credito, e l'azione reale, che concerne in modo diretto la ipoteca e la sua iscrizione, ne scaturisce limpidissima. Infatti una delle patrie corti ebbe a decidere che l'art. 1999 cod. civ. nella sua dizione designa chiaramente che dalle iscrizioni ipotecarie possono prender vita tanto le azioni reali, quanto le personali, perchè altrimenti non ne

---

gio 1894, *Pisanelli,* 1895, 138; Genova, 21 novembre 1896, *Temi gen.*, 1896, 142. Il principio fu rettamente formulato dalla Cassazione di Torino nella sentenza 8 maggio 1891 in causa Debenedetti contro Onesti (*Giur. tor.*, XXVIII. 571): « L'azione per cancellazione d'ipoteca è di competenza del foro *rei sitae* « quando il solo diritto d'ipoteca sia dedotto in controversia indipendente- « mente della obbligazione che gli serve di fondamento ». La massima è completata dall'altra della Cass. di Firenze, 27 gennaio 1891 (*Legge*, 1891, II, 115) la quale ebbe a decidere che quando invece fosse proposta come questione principale quella riguardante il titolo o la sussistenza dell'obbligazione, e si domandasse in via conseguenziale ed accessoria la cancellazione della ipoteca, la competenza sarebbe del foro del domicilio del convenuto. Si aggiungano le decisioni citate da noi in materia di riduzione (sopra n. 489, pag. 274 in nota). La opinione adottata nel testo è accettata da MIRABELLI, *op. cit.*, pag. 264.

avrebbe prescritto lo sperimento dinanzi la competente autorità giudiziaria (1).

743. Dato il diritto nel debitore o in qualsiasi altro interessato, ad ottenere la cancellazione della ipoteca, l'autorità giudiziaria non deve assegnare al creditore convenuto un termine a consentirla, ma ordinare di eseguirla al conservatore (2); il convenuto avrebbe dovuto rilasciare spontaneamente il consenso necessario per la cancellazione volontaria, onde evitare l'esercizio dell'azione promossa contro di lui; una volta promossa quest'azione, e provocata la pronunzia del magistrato, questa in altro non può consistere che nell'ordine di cancellazione; l'assegnazione di un termine si risolverebbe in una inutile perdita di tempo in pregiudizio del richiedente e in una violazione dei suoi diritti.

La giurisprudenza si mostra giustamente severa a questo riguardo, perchè i danni che può arrecare una iscrizione ipotecaria indebitamenta iscritta e ingiustamente conservata sono incalcolabili: non è soltanto il pericolo di evizione, che dà al compratore di un immobile il diritto di agire per liberarlo dalle ipoteche che lo gravano; non è soltanto il pericolo di una cessione della ipoteca, che consiglia il debitore che ha estinto il suo debito ad agire nello stesso senso; è la mancata disponibilità dell'immobile ipotecato, la impossibilità di alienarlo riscuotendone il prezzo, che

(1) Bologna, 2 marzo 1894, *Mon. giur. Bol.*, 1894, 106. La Corte osservò in questa importante decisione che quando l'azione per riduzione o cancellazione d'ipoteca viene fondata sopra una obbligazione nascente da contratto o quasi contratto, è personale, e per ciò deve essere promossa dinanzi al tribunale del luogo dove ha domicilio il convenuto. È facile argomentare *a contrario* che quando viene domandata la cancellazione per la estinzione della ipoteca indipendentemente dalla obbligazione garantita con essa, o per la nullità della iscrizione, l'azione essendo reale, deve proporsi davanti l'autorità giudiziaria *rei sitae*.

(2) Firenze, 18 febbraio 1874, *Annali di giur. it.*, VIII, III, 147.

può cagionare danni gravissimi e spesso irreparabili. Per questo fu deciso che colui che per sentenza viene dichiarato tenuto a far radiare tutte le ipoteche che gravano un fondo, non può esimersi da tale materiale formalità mediante il deposito della somma corrispondente al valore delle iscrizioni (1); questo deposito può assicurare il possessore dalle conseguenze dirette delle iscrizioni esistenti sui fondi, ma non dalle conseguenze indirette non meno dannose che ne possono derivare.

744. La legge non parla soltanto di sentenze, parla ancora di provvedimenti i quali, come di sopra fu osservato, sono emessi al seguito di giudizio di graduazione e hanno la forza esecutiva della sentenza senza averne i caratteri. In questa parte l'art. 2036 cod. civ. si collega non tanto col n. 1 quanto col n. 4 dell'art. 2029 cod. civ. Chi ha acquistato un immobile al pubblico incanto, o, avendolo acquistato a trattativa privata, ha istituito regolarmente il giudizio di purgazione offrendo il prezzo o il valore dichiarato a norma dell'art. 2043 cod. civ. senza che per parte dei creditori iscritti siasi fatto luogo a richiesta d'incanto ai sensi dell'art. 2045 dello stesso codice, ha diritto di ottenere la cancellazione di tutte le ipoteche gravanti il fondo, il cui prezzo ha formato oggetto di distribuzione; non solo, cioè, delle ipoteche iscritte a garanzia dei crediti che sono stati collocati utilmente e soddisfatti con tanta rata del prezzo in distribuzione, ma anco di quelle spettanti a creditori non comparsi, e perciò decaduti, o comparsi, ma non collocati in grado utile. Il pagamento dell'intero prezzo nei modi stabiliti dalla legge nei giudizi di graduazione, è, come di sopra abbiam visto, estintivo delle ipoteche tutte gravanti il fondo il cui prezzo è caduto in distribuzione. Per conseguenza il liberatario e il terzo possessore, giustificando il pagamento dell'intero prezzo, hanno diritto di ottenere la defi-

---

(1) Cass. Torino, 12 luglio 1867, *Giur. tor.*, IV, 678.

nitiva cancellazione di tutte le ipoteche; giustificando il pagamento di crediti determinati, hanno diritto di ottenere l'ordine di cancellazione delle ipoteche spettanti ai creditori soddisfatti.

In questo senso dispongono gli art. 719, 720, cod. proc. civ., richiamati pel giudizio di purgazione dall' art. 740 dello stesso codice:

Art. 719. « Il compratore di mano in mano che paga i man«dati di collocazione, ha diritto di ottenere dal giudice delega«to, mediante la presentazione delle quietanze, l'ordine della «cancellazione delle iscrizioni delle ipoteche relative ai crediti «estinti, e la riduzione per eguale concorrenza dell'ipoteca legale «iscritta a favore della massa dei creditori. Per ottenere dal giu«dice delegato l'ordine di cancellazione definitiva di questa ipo«teca legale, il compratore deve giustificare di aver pagato inte«gralmente il prezzo della vendita con gl' interessi ».

Art. 720. « Fatta la spedizione di tutte le note di colloca«zione, il compratore ha diritto di ottenere dal giudice delegato «l'ordine per la cancellazione delle iscrizioni dei creditori deca«duti e di quelli non collocati in grado utile ».

Si argomenta dal confronto dei due articoli, che per ottenere la cancellazione delle ipoteche spettanti ai creditori decaduti perchè non comparsi, o comparsi ma non collocati in grado utile, non occorre che il compratore giustifichi di aver pagato il prezzo da lui dovuto, o una parte qualsiasi del medesimo: basta che giustifichi con lo stato di graduazione, con la sentenza che lo omologa, e con la relativa perizia di liquidazione, che il creditore la cui ipoteca vuole sia cancellata è decaduto perchè non comparso, o che, essendo comparso, non ha ottenuto collocazione in grado utile. Al primo effetto bastano lo stato e la sentenza; al secondo occorre anche la perizia, perchè questa sola traduce in cifre i resultati finali e fa conoscere quali sono i creditori rimasti perdenti.

Dell'ordinanza di cancellazione emessa dal giudice delegato potrebbe tener luogo il consenso del creditore; ove le parti si trovassero d'accordo per richiederlo e per prestarlo, la cancellazione consensuale non potrebbe neppure in questi casi incontrare difficoltà (1).

745. Per ottenere la cancellazione delle iscrizioni il compratore deve citare con ricorso i creditori comparsi a comparire dinanzi al giudice delegato; pei creditori non comparsi la notificazione del bando (o dell'atto di offerta di cui all'articolo 2045 cod. civ.) tien luogo di citazione; la citazione è fatta in persona del procuratore (art. 721 cod. proc. civ.) e può tenerne luogo la firma di adesione apposta al ricorso dai procuratori, come spesso si suol praticare a risparmio di tempo e di spese quando non vi sono conflitti d'interesse o divergenze che possono dar luogo a opposizioni.

Il giudice delegato riconoscendo la regolarità delle citazioni e delle notificazioni fatte, ordina al conservatore delle ipoteche di eseguire le cancellazioni o riduzioni occorrenti (art. 722 cod. proc. civ.).

L'ordine deve essere specifico ed indicare, iscrizione per iscrizione, la data, il volume e l'articolo del registro particolare, il nome del creditore e i beni dai quali deve essere cancellata (2). La indicazione dei beni è sostanziale, ben potendo accadere che un creditore non soddisfatto, o soddisfatto parzialmente, abbia iscrizione anche sopra beni il cui prezzo non è per anche caduto in distribuzione; allora la cancellazione non può essere che parziale, e una cancellazione totale che il giudice delegato ordinasse, e il conservatore ciecamente eseguisse, potrebbe arrecare un danno irreparabile.

---

(1) Cass. Torino, 19 giugno 1890, *Legge*, XXX, I, 622.

(2) Casale, 31 marzo 1874, *Giur. casal.*, IV, 151.

L'ordinanza non è immediatamente eseguibile, nè può essere dichiarata provvisoriamente tale. Occorrono quindici giorni dalla sua notificazione ai creditori interessati, ove questi non l'accettino o non se ne chiamino notificati, o non abbiano consentita preventivamente la cancellazione o la ordinanza relativa, perchè possa esserne rilasciata copia in forma esecutiva ed essere portata ad esecuzione. In questo senso dispone, ai capoversi primo e secondo, il citato art. 722: « Dall'ordinanza del giudice si può « reclamare al tribunale nel termine di giorni quindici dalla « pronunciazione per le parti che vi furono presenti, e per le al- « tre dalla notificazione. Il reclamo si deve nello stesso termine « notificare anche al cancelliere. Il cancelliere non può spedire « al compratore copia in forma esecutiva dell'ordinanza, se non « sia scaduto detto termine senza reclamo o con renunzia al me- « desimo ».

La notificazione al cancelliere ha appunto lo scopo di diffidarlo onde l'ordinanza non sia spedita in forma esecutiva e portata ad esecuzione in pendenza del reclamo contro la medesima.

746. La sentenza o il provvedimento che ordina la cancellazione devono, secondo l'art. 2036 cod. civ., essere « *passati in giudicato* » perchè possa farsi luogo alla loro esecuzione.

Molto si è disputato sopra di questa espressione della legge, a parer nostro a torto, mentre ella è chiara di per sè.

Si tratta di una materia nella quale la esecuzione può arrecare un danno irreparabile. Una iscrizione, una volta cancellata in esecuzione di un provvedimento dell'autorità giudiziaria che sia poi annullato, può essere presa nuovamente, ma perde il grado primitivo, non potendo rivivere retroattivamente in pregiudizio dei creditori iscritti nell'intervallo, o di coloro che nell'intervallo si fossero resi acquirenti dell'immobile: è per ciò naturale che il legislatore non si contenti nè di una sentenza d

primo grado, dichiarata provvisoriamente eseguibile (1), nè di una sentenza d'appello esecutiva di sua natura (2); la legge vuole che la sentenza o il provvedimento che ordina la cancellazione totale o parziale di una iscrizione siano passati in giudicato, che cioè non siano suscettivi neppure dei rimedii straordinari, come il ricorso per cassazione o per rivocazione.

Avviene qui quello che avviene in caso di opposizione al matrimonio, dove il legislatore usa la stessa formula (art. 90 cod. civ.); nè vale obiettare che il legislatore non ha ripetuto quì il preciso divieto di procedere alla esecuzione della sentenza finchè penda ricorso in cassazione, o vi sia possibilità di ricorrere, come ha fatto negli art. 309 e 750 del cod. di proc. civ., perchè la non eseguibilità del provvedimento finchè vi è la giuridica possibilità di vederlo posto nel nulla, sia pure con un mezzo straordinario d'impugnativa, deriva dalla forza della espressione adoperata dal legislatore, e da una necessità evidente fondata sulla natura delle cose (3).

---

(1) Fu esplicitamente deciso che la clausola di provvisoria esecutorietà in questa materia non può essere ammessa (Trib. Napoli, 31 luglio 1869, *Gazz. Proc.*, IV, 357).

(2) Art. 503, 520 cod. proc. civ.

(3) Da principio gli scrittori italiani, influenzati dalla dottrina francese, costante nell'ammettere che possa farsi luogo alla cancellazione in virtù della sentenza di appello, per quanto suscettiva di ricorso in cassazione, adottarono questa teoria. V. Pochintesta, *op. cit.*, II, 454 che cita in questo senso: Pisanelli, *Commento al cod. di proc. civ. sardo*, II, § 1723; Mattei, *Cod. civ. annotato*, art. 2036, n. 2; Pacifici-Mazzoni, *Istit. civ.*, VI, 270; Bianchi F. S., *Corso di cod. civ.*, II, 130; Cuzzeri, *Proc. civ.*, art. 520, nota 2; Delvitto, *Commento*, VII, 866; Luzzati, *Trascrizione*, II, 458; Mattirolo, *Dir. giur.*, IV, 681. Il ricordato scrittore però si mostra esitante, tenendo presente la diversa locuzione dell'art. 2157 cod. francese, che parla di « *jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée* ». (V. nel Diritto francese, Pont. *op. cit.*, XI, 1093). I più moderni poi hanno accettato la opinione espressa nel testo: Ricci, *Dir. civ.*, I, 249; Melucci, *op. cit.*, Lez. XVI, n. 7; Pacifici-Mazzoni, *Ipote-*

SEZIONE III

NORME COMUNI AI DUE CASI.

SOMMARIO

747. Richiesta di cancellazione —748. Adempimento delle condizioni alle quali è stata subordinata—749. Modo di eseguire la cancellazione— 750. Rifiuto del conservatore. Procedimento economico stabilito per dirimere le relative controversie — 751. Omissione della cancellazione consentita od ordinata. Suoi effetti — 752. Nullità della cancellazione. Sue conseguenze—753. Cancellazione delle ipoteche sulle rendite del debito pubblico.

747. Chi ha interesse e diritto di ottenere la cancellazione deve presentare analoga domanda al conservatore distesa su carta da bollo (1) e rimettergli l'atto relativo, sia esso il consenso del creditore a forma dell'art. 2033 cod. civ., o la sentenza o provvedimento di cui all'art. 2036 dello stesso codice (art. 2038 cod. civ.).

---

che, 2ª ediz., 105, 106; MIRABELLI, *Ipoteche*, pag. 258; DE FILIPPIS, *Corso*, VII, 651; POLIGNANI, *Gazz. trib. Napoli*, XXII, 618; CESAREO, *Monografia*, Messina 1876. La stessa evoluzione si è compiuta nella giurisprudenza. Ritengono che le iscrizioni possano cancellarsi in virtù della sentenza di appello: Bologna, 21 decembre 1869, *Gazz. trib. Genova*, XXII, I, 30; Casale, 29 gennaio 1884, *Annali di giur. it.*, XVIII, III, 320; Genova, 26 novembre 1894, *Giurista*, 1894, 619; Milano, 5 maggio 1876, *Giur. it.*, XXVIII, II, 795; Genova, 14 maggio 1880, *Eco di giur.*, IV, 2, 218: ma la opinione più severa, e a parer nostro sola accettabile, raccoglie la maggioranza delle decisioni: Napoli, 18 giugno 1873, *Giur. tor.*, 1874, 110; Cass. Napoli, 27 febbraio 1875, *Gazz. trib. Napoli*, XVII, 305; Cass. Napoli, 30 giugno 1868, *Annali di giur. it.*, II, I, 1, 249; Cass. Roma, 30 maggio 1876, *Annali cit.*, X, 1, 1, 481; Cass. Roma, 2 febbraio 1877, *Giur. tor.*, XIV, 138; Roma, 22 decembre 1881, *Temi rom.*, II, 247; Venezia, 10 febbraio 1882, *Foro it.*, VII, I, 245; Genova, 5 maggio 1894, *Temi gen.*, 1894, 326; Trib. Genova, 7 marzo 1894, *Temi gen.*, 1894, 222.

(1) Ciò si argomenta dai conservatori dall'art. 4 della legge 8 agosto 1895

L' atto di consenso deve essere munito, come di sopra osservammo, dei documenti di corredo, come mandati di procura, decreti autorizzativi, deliberazioni amministrative e simili (1); la sentenza poi deve essere accompagnata dai referti e dai certificati comprovanti il suo passaggio in giudicato; l' essere spedita in forma esecutiva non basterebbe; occorre provare che sono decorsi i termini per ricorrere in cassazione senza che sia stato interposto ricorso, o che il ricorso è stato rigettato. A ragione si rifiuterebbe di cancellare una iscrizione il conservatore, al quale venisse presentata una sentenza di appello contenente l'ordine di far luogo all'adempimento di siffatta formalità, se la presentazione di tale documento non venisse accompagnata dai quei documenti che siano atti a comprovare la decorrenza dei termini per ricorrere in cassazione, o il rigetto del ricorso.

È diverso il caso per ciò che riguarda il provvedimento di cui agli art. 719 e seg. del cod. proc. civ. Siccome il cancelliere non può spedire la copia in forma esecutiva della ordinanza se non quando è decorso il termine per il reclamo, o quando il

---

che approva i provvedimenti finanziarii (all. A, n. 456). Questo articolo dispone: « Per ogni stato, certificato, copia od estratto di che nel precedente « articolo 3, *e parimente per ogni formalità di annotamento*, il richiedente deve « presentare al conservatore una domanda nella ordinaria carta col bollo da « L. 1,20 ». Siccome anche la cancellazione si fa per via di annotamento, i conservatori non esitano ad applicare questa disposizione alla domanda di cancellazione. L' acquirente di un immobile che spesso deve cancellare diecine d' iscrizioni ipotecarie, oltre gli atti di consenso o le ordinanze relative, deve presentare tante domande quante sono le iscrizioni da cancellare, pagando tante tasse di bollo da L. 1,20. Si lamenta generalmente la eccessiva fiscalità di questa disposizione.

(1) Così se la iscrizione fosse annotata a favore di un cessionario, di un surrogato, o di un creditore che avesse il pegno del credito, occorrerebbe per la cancellazione il loro consenso a forma dell' art. 1994 cod. civ. Non così quando si trattasse di semplice annotazione di postergazione, dato che la ipoteca fosse estinta (Cass. Torino, 24 febbraio 1885, *Giur. tor.*, XXII, 277).

reclamo è risoluto, o vi è rinunzia a proporlo per parte degli aventi diritto, la presentazione della ordinanza spedita in quella forma dispensa il conservatore dall'esigere qualsiasi ulteriore giustificazione.

748. Oltre la presentazione dell'atto in virtù del quale si fa luogo alla cancellazione della ipoteca coi documenti di corredo, occorre far constare al conservatore dell'adempimento delle condizioni alle quali la cancellazione è subordinata, dato che ve ne siano. Dispone infatti l'art. 2037 cod. civ.: « Se fu convenuto « od ordinato che la cancellazione non debba aver luogo che sotto « condizione di nuova ipoteca, di nuovo impiego od altra, la can- « cellazione non sarà eseguita, se non si fa constare al conserva- « tore che le condizioni si sono adempite ».

Il tribunale autorizza a modo di esempio la cancellazione di una ipoteca dotale a condizione che il capitale garantito con essa sia, non soltanto riscosso, ma impiegato in un dato modo; dell'impiego eseguito, ed eseguito secondo il decreto autorizzativo, deve darsi la prova al conservatore. Si autorizza la cancellazione di una ipoteca a condizione che ne venga iscritta un'altra sopra altri beni, non preceduta da altre, o preceduta soltanto dalla tale iscrizione; deve farsi constare al conservatore il preciso adempimento della condizione imposta. Si autorizza la cancellazione della ipoteca iscritta contro il tutore per sicurezza della gestione tutelare, purchè il tutore la garantisca in altro modo: deve giustificarsi che la nuova cauzione è stata prestata come doveva esserlo, secondo la intervenuta deliberazione omologata nei modi di legge. Un Tizio creditore consente la cancellazione di una sua ipoteca dal fondo B, a condizione che Caio debitore costruisca una casa sul fondo A, pure ipotecato a suo favore; il conservatore non sarà tenuto ad eseguire la radiazione parziale sino a che con certificato peritico non sia dimostrato l'adempimento della condizione.

Da ciò si argomenta che in fatto di radiazione il conservatore non è giudice soltanto della forma esterna degli atti che gli vengono presentati, ma altresì della sostanza loro. Gravissima essendo la responsabilità sua per le radiazioni indebitamente eseguite, in ragione del danno che può derivarne, la legge gli porge il modo di rifiutarsi ad eseguirle quando si verifichi il caso della condizione e non consti del suo adempimento.

La disposizione dell' art. 2037 cod. civ., ignota al codice francese, fu desunta dal cod. albertino, art. 2276 e 2279, e merita ampia lode, non ostante la opposizione di qualche scrittore che ravvisava in essa un serio pericolo per la responsabilità del conservatore (1).

749. Quanto al modo di eseguire la cancellazione dispone il capoverso dell' art. 2038 cod. civ.: « La cancellazione di una « iscrizione, o la rettificazione di essa, si eseguirà in margine del« l'iscrizione medesima, colla indicazione del titolo con cui è stata « consentita od ordinata, e della data in cui si eseguisce, e por« terà la sottoscrizione del conservatore ».

La cancellazione si fa dunque per via di annotamento in margine alla iscrizione totalmente o parzialmente cancellata; l'annotamento deve richiamare l'atto in ordine al quale la cancellazione è stata eseguita, atto che deve restare nell' archivio del conservatore, coi documenti allegati al medesimo, a giustificazione del di lui operato. Sarà indicato se la cancellazione è totale, o come dicesi comunemente definitiva, oppure parziale, o di semplice riduzione, quanto alla somma o quanto ai beni: in quest' ultimo caso dovrà contenere la specifica designazione dei beni dai quali l' iscrizione è cancellata, per modo che, confrontando l'annotamento col testo della iscrizione che gli sta di fianco, sia dato conoscere su quali beni la ipoteca è rimasta ferma.

---

(1) Chiesi, *Nuovi studii*, 175; Pochintesta, *op. cit.*, II, 455.

L'annotamento deve finalmente essere sottoscritto dal conservatore; una cancellazione non potrebbe dirsi regolarmente eseguita, nè potrebbe aversi per operativa di effetto, senza l'adempimento di questa sostanziale formalità.

750. Se il conservatore rifiuta di eseguire la cancellazione consentita dalla parte od ordinata dall'autorità giudiziaria, la parte richiedente che ritenga ingiusto il rifiuto può iniziare lo speciale procedimento di cui è parola nell' art. 2039 cod. civ. Non è infatti il caso di convenire in giudizio il creditore, il quale, avendo consentito la cancellazione, o avendo lasciato che questa venisse ordinata dall' autorità giudiziaria, ha fatto quanto stava in lui per la libertà del fondo pretesa dal richiedente (1); non è il caso di ricorrere alla forma contenziosa ordinaria: questa deve adottarsi quando vi è dissenso fra le parti intorno alla cancellazione; ma quando la cancellazione è consentita ed ordinata, e il conservatore si rifiuta di eseguirla, il determinare se il rifiuto è giusto od ingiusto, rientra nello speciale procedimento economico di cui all' art. 2039 cod. civ. (2). Soltanto quando viene richiesto ed ordinato l'intervento delle parti interessate, il procedimento prosegue nei modi ordinari.

Colmando una grave lacuna dei precedenti codici, il cod. civ. italiano nell'articolo surricordato dispone: « Ricusando il conserva« tore di procedere alla cancellazione di una iscrizione, la parte

---

(1) Venezia, 9 aprile 1896, *Temi ven.*, 1896, 229.

(2) Cass. Napoli, 2 decembre 1884, *Legge*, XXV, I, 352; Cass. Firenze, 1° decembre 1871, *Annali di giur. it.*, VI, I, I, 160; Firenze, 20 aprile 1871, *Annali cit.*, VI, II, 170. Fu deciso con queste ultime sentenze che in caso di dissenso fra la parte richiedente e il conservatore deve sempre adoperarsi il procedimento economico di cui al citato articolo. Il conservatore citato a comparire nei modi ordinari deve essere assoluto dall' osservanza del giudizio; quantunque sia domandato contro di lui il risarcimento di danni, il procedimento di camera di consiglio è il solo consentito dalla legge. V. ancora Catanzaro, 21 ottobre 1895, *Temi calab.*, 1896, 42.

« richiedente può richiamarsene al tribunale civile, il quale prov-
« vederà in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, e
« sentito pure d'uffizio il conservatore nelle sue osservazioni scritte.
« Contro il provvedimento del tribunale è ammesso il richiamo
« in appello ed in cassazione, in conformità delle leggi generali,
« osservate le anzidette forme di procedimento. Il tribunale può
« ordinare che siano chiamate le persone che si presumono inte-
« ressate; in questo caso, o quando la domanda di cancellazione
« è proposta direttamente in contradittorio degli interessati, si
« osservano le norme del procedimento sommario sentito il pub-
« blico ministero ».

Il richiamo si fa con semplice ricorso: per sentire d'uffizio il conservatore nelle sue osservazioni scritte, il tribunale deve necessariamente ammetterlo a esaminare il ricorso e i documenti uniti al medesimo: una discussione contradittoria non è consentita dalla natura speciale ed economica del procedimento di cui si tratta, nel quale non è più richiesto lo intervento del pubblico ministero dopo che con legge 28 novembre 1875 questo fu limitato ai soli casi tassativamente enumerati nella legge stessa (1).

Dovendo provvedere in camera di consiglio a norma degli articoli 719 e seg. cod. proc. civ., il tribunale emette un semplice decreto secondo l'art. 781 dello stesso codice, non una sentenza; è però ammesso il rimedio ordinario dell'appello, e anco il rimedio straordinario della cassazione (2), a forma del capoverso dello stesso articolo.

(1) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, II, 108; POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 458.

(2) Secondo il progetto discusso dalla commissione di coordinamento la facoltà dell'appello era data alla parte richiedente, ma la commissione la estese anco al conservatore. *Processi verbali*, XLIII, n. 6: « Si accetta quindi una « proposta (Precerutti) di sopprimere le parole — *della sola parte richiedente* — « nel primo capoverso dell'art. 2064 (2039 del codice) laddove si dice che con- « tro il provvedimento del tribunale (nei casi in cui il conservatore delle ipo-

Una esposizione specifica dei casi particolari che possono verificarsi, e che sono numerosissimi, per non dire innumerevoli, non presenta pratica utilità. Ci limitiamo ad alcuni esempii. Se una iscrizione è perenta per difetto di rinnovazione non vi è diritto di farla cancellare perchè la cancellazione si risolverebbe in una formalità inutile (1); consentita e richiesta tale cancellazione, e rifiutata dal conservatore, il tribunale dovrebbe rigettare il reclamo che la parte richiedente fosse a proporre a forma dell'articolo 2039 cod. civ., condannandola nelle spese.

Revocata in appello, o annullata in cassazione, una sentenza

« teche abbia ricusato di procedere alla cancellazione di una iscrizione) sarà « ammesso il richiamo in appello e in cassazione della sola parte richiedente : « la commissione fu indotta a questa deliberazione sovratutto da due conside- « razioni: la prima, addotta dal proponente, che cioè il conservatore, mentre « è interessato a difendere il suo onore, giova anche col suo intervento al- « l' interesse dei creditori, nè vi sia pertanto plausibile ragione di vietargli « di reclamare dal provvedimento del tribunale ; la seconda, notata da altro « componente (Niutta), che possa il conservatore essere anche interessato per « il danno materiale delle spese nelle quali fosse stato condannato ». (V. su ciò Torino, 3 aprile 1883, *Giur. it.*, XXXV, II, 596). V. ancora una sentenza della corte d'appello di Catania del 31 agosto 1894, *Giur. cat.*, 1895, 13, la quale decise che il conservatore non può appellare avverso la deliberazione di camera di consiglio che ordinò la cancellazione su richiesta della parte: decise ancora che il conservatore non può essere condannato nelle spese del provvedimento. Ma le due decisioni non sono accettabili : non la prima, perchè la facoltà d'appello è data in genere, tanto alla parte che richiede la cancellazione, quanto al conservatore che la rifiuta : non la seconda, perchè la commissione chiaramente disse che anco per evitare una condanna ingiusta doveva essere accordata la facoltà dell'appello al conservatore. Anco il MELUCCI (*op. cit.*, Lez. XVI, n. 9) cade in evidente errore laddove nega che i mezzi di gravame di cui nell'articolo competano al conservatore perchè mancante d'interesse.

(1) Messina, 22 aprile 1897, *Giur. cat.*, 1897, 156. Nello stesso senso, e in modo più generale, quanto alle ipoteche tutte destituite di efficacia : Genova, 22 luglio 1872, *Gazz. trib. Gen.*, XXIV, I, 607.

in forza della quale era stata iscritta una ipoteca giudiziale, vi è indubbiamente il diritto a ottenere la cancellazione della iscrizione relativa (1); occorre però che la cancellazione sia consentita od ordinata giudizialmente; se pertanto il debitore pretendesse la cancellazione sulla semplice esibizione della sentenza di revoca od annullamento di quella in forza della quale la ipoteca era stata iscritta, il conservatore dovrebbe rifiutarsi, e se il debitore ricorresse al tribunale, invocando il provvedimento di cui all' art. 2039 cod. civ. il tribunale dovrebbe dichiarare giusto il rifiuto e rigettare il reclamo, condannando la parte richiedente nelle spese.

Se il tribunale, accogliendo il reclamo, ordina che la cancellazione rifiutata dal conservatore venga eseguita, il conservatore deve dare immediata esecuzione al provvedimento, ove non creda del suo interesse di interporre appello; lo stesso è a dirsi del provvedimento di appello, ove non interponga ricorso in cassazione; il creditore in nome del quale è iscritta la ipoteca da cancellarsi non è parte al giudizio, e perciò non potrebbe nè appellare dal provvedimento, nè ricorrere in cassazione; la facoltà di appellare e di ricorrere spetta soltanto al conservatore, il quale non può per conseguenza che sperimentare questi mezzi, o dare esecuzione immediata al provvedimento, per porre al coperto la sua responsabilità.

In qualche caso il conservatore può richiedere e il tribunale può ordinare l' intervento delle parti interessate a che la cancellezione non sia eseguita, per esempio di un cessionario del credito, o del grado, o di un surrogato a norma degli articoli 2011, 2022 cod. civ. In tal caso il procedimento economico dell'art. 2039 cod. civ. cessa di diritto; la causa è proseguita col procedimento

---

(1) Bologna, 1° febbraio 1887, *Riv. giur. Bol.*, XV, 102; Torino, 22 maggio 1885, *Annali di giur. it.*, XIX, III, 324.

sommario e il conservatore può domandare di essere assoluto dalla osservanza del giudizio con la condanna nelle spese della parte succombente.

751. Viste così le cause per le quali si fa luogo alla cancellazione, e le forme da seguire per l'eseguimento di così importante formalità, restano da esaminare gli effetti della sua mancanza e della sua nullità.

Dal primo punto di vista è da ricercare se consentita regolarmente e validamente la cancellazione di una iscrizione, questa si abbia a considerare come effettivamente cancellata, non ostante che continui a figurare materialmente sui registri per non essere stata compiuta la relativa formalità. Per coloro che presero parte all' atto con il quale la cancellazione fu consentita, la questione non presenta difficoltà; essi non possono evidentemente allegare l'ignoranza dell'atto al quale presero parte e non possono per conseguenza pretendere che sia tuttora in vita una iscrizione che ben sanno essere rimasta estinta con il consenso prestato alla sua cancellazione; fra i modi di estinzione della ipoteca vi è, come, di sopra abbiamo esposto, la rinunzia del creditore; quando questi ha prestato il consenso alla cancellazione, sarà questione di vedere se abbia rinunziato alla ipoteca definitivamente, o se abbia semplicemente rinunziato al grado di essa, conservando il diritto di tornare ad iscriverla; ma in ogni modo chi ha preso parte a quest' atto non può disconoscerne gli effetti, nè aspirare, a modo di esempio a una surroga alla quale non ha diritto, dal momento che sa che il creditore aveva in precedenza rinunziato alla ipoteca, o alla iscrizione della medesima.

In questo senso la cassazione di Torino ebbe a decidere, e a parer nostro giustamente, che l'acquirente di un immobile ipotecato, sottoscrivendo l'atto con il quale il creditore ipotecario viene soddisfatto, e consente la cancellazione della sua ipoteca,

abbia rinunziato al subingresso che per legge gli sarebbe spettato (1). Ma se è giusta la decisione in sè, non sono egualmente giusti i principii generali con i quali la corte ritenne di poterla dimostrare, dichiarando che il consenso di cancellazione di una ipoteca dato dal creditore titolare di una iscrizione, opera in ogni caso e produce effetto indipendentemente dalla effettiva cancellazione, od equivale a questa. A noi sembra meritevole di accoglienza la teoria opposta, che distingue coloro che hanno preso parte all'atto, dai terzi rimasti estranei al medesimo. La corte d'appello di Casale ebbe appunto a decidere che « il solo con« senso alla cancellazione non ha effetto rispetto ai terzi, se la « cancellazione non è effettivamente eseguita » (2), e con ragione. Come potrebbe infatti opporsi al cessionario di una ipoteca, l'anteriore consenso di cancellazione prestato dal cedente con un atto al quale egli fosse rimasto estraneo?.

Il consenso prestato potrà essere invocato dal terzo per argomentarne in proprio favore la nullità della iscrizione e la sua inefficacia, come se un creditore posteriore si opponesse in graduatoria alla collocazione di un creditore precedentemente iscritto, dimostrando che questi aveva oramai rinunziato alla ipoteca, o al grado della medesima, e consentita la cancellazione, perchè la materiale esistenza della ipoteca sui registri non sarebbe certamente di ostacolo all'accoglienza della opposizione; ma non potrà il consenso stesso essere invocato contro il terzo che vi fu estraneo, per impugnare una cessione a suo favore consentita, o una surrogazione alla quale ha diritto; la persistenza della iscrizione sui pubblici registri, la mancanza di annotamento della cancellazione consentita, fanno sì che la ipoteca continui a sussistere

(1) Cass. Torino, 13 settembre 1892, *Annali di giur. it.*, XXVII. I, I, 58.
(2) Casale, 31 marzo 1891, *Giur. cas.*, XI, 184.

di fronte a lui, come se non ne fosse stata mai consentita la cancellazione (1).

---

(1) La giurisprudenza e la dottrina francese professano per verità il principio opposto. Si ha in questo senso una importante sentenza della Corte di Orleans del 29 novembre 1889 (*Jour. du Pal.*, 1891, I, 217), la quale decise che « la mainlevée d'une inscription hypothécaire avec desistement des droit « d' hypothéque est un acte unilateral de rénonciation à un droit civil qui « entraine extinction immediate et irrevocable de l' hypothéque, indépendam- « ment de toute acceptation des tiers appelés à en profiter et de toute radia- « tion d' hypothéque ». È utile soffermarsi sui motivi di questa sentenza e sulla specie di fatto decisa con la medesima. Il tribunale civile di Tours con sentenza del 18 marzo 1887 aveva ritenuto che il consenso di cancellazione non potesse avere effetto di fronte al cessionario del credito, perchè in materia ipotecaria la pubblicità s' impone e di fronte al terzo la ipoteca sussiste finchè figura sui registri. Ma la corte osservò che nè il codice civile, nè la legge del 23 marzo 1855, impongono a chi ha consentito la cancellazione di una iscrizione ipotecaria l' obbligo di farla eseguire; che l' art. 2180 cod. fr. esige per l' estinzione dell' ipoteca la sola rinunzia del creditore; che è inesatto il dire che gli acquirenti hanno tenuto celato il consenso prestato alla cancellazione, imperocchè questo resultava da un atto pubblico debitamente registrato; che senza dubbio i cessionari del credito non potevano averne conoscenza all'ufficio ipotecario, perchè la cancellazione non era stata eseguita, ma che d'altra parte, non essendo gli acquirenti obbligati a farla eseguire, essi non erano redarguibili di una colpa che impegnasse la loro responsabilità; che in mancanza di una colpa speciale, non era contro di essi invocabile il diritto comune, perchè l'esistenza di una colpa legalmente imputabile è condizione *sine qua non* per l' esercizio di qualunque azione di responsabilità; che si può desiderare nello interesse dei terzi una disposizione di legge che obblighi, sia le parti, sia il notaro che riceve un atto di consenso a cancellazione, a richiedere l'adempimento della formalità, ma che, mancando tale disposizione, niuna colpa e imputabile all' acquirente, ecc. Nel senso della decisione si citano: Cass. 4 gennaio 1831, *Journ. du Pal.* à sa date; Agen, 19 maggio 1836, *ibid.*; Aix, 17 novembre 1857, *Journ. du Pal.*, 1859, 708; Caen, 26 maggio 1874, *Journ. du Pal.*, 1875, 1270; TROPLONG, *Hypoth.*, III, 738; PONT, *Hypoth.*, II, 1105; MARTOU, *Hypoth.*, III, 1213, 1215; BOULANGER, *Des radiat. hypoth.*, I, 11 e seg.; Cass. fr., 1° decembre 1852, *Journ. du Pal.*, 1854, I, 54; Cass. fr., 17 novembre 1855, *Journ. du Pal.*, 1857, 27. Contro: Bordeaux, 7 aprile 1827, *Journ. du*

752. Resta da dire della nullità della cancellazione.

Se la cancellazione è nulla per irregolarità dei documenti in forza dei quali venne eseguita, se per esempio l'atto di consenso era falso, o non era passata in giudicato, e fu poi revocata, la sentenza che ne ordinava la esecuzione, la ipoteca torna a rivivere e può nuovamente essere iscritta, ma la nuova iscrizione prende grado unicamente dalla sua data.

Ciò esige l'interesse dei terzi, ciò esige il principio della pubblicità, fondamento del sistema ipotecario. I registri fanno piena fede. Cancellata l'iscrizione, i terzi sono garantiti che i fondi sono liberi, e non sono obbligati a esaminare se i documenti in forza dei quali la cancellazione fu eseguita sono regolari o no (1); per quanto erroneamente e illegalmente fatta, la cancellazione ha però sempre l'effetto di accertare i terzi che più non sussiste la iscrizione (2).

In questo senso fu deciso che la pubblicità, nel sistema ipotecario vigente, spiega i suoi effetti anco se l'atto che diede causa alla formalità è nullo; e che per conseguenza, trattandosi di cancellazioni, i terzi non hanno obbligo di verificare la rego-

---

Pal. à sa date; AUBRY et RAU, *Dr. civ. fr.*, § 281, testo e nota 37; LAURENT. *Principes*, XXXI, 225 e seg. Tuttavia noi propendiamo per ritenere inaccettabile la decisione sopra analizzata; la questione non è di colpa o di responsabilità, bensì di inefficacia dell'atto di consenso di fronte al cessionario al medesimo estraneo. Tizio mi propone la cessione di un credito ipotecario; accetto e pago il prezzo. Come può oppormisi che la ipoteca non esisteva perchè ne era stata consentita la cancellazione precedentemente all'atto di cessione? Dal momento che l'iscrizione figurava tuttora sui registri, la mia qualità di creditore iscritto non può essere seriamente contrastata. Il debitore deve imputare a sè stesso il danno che risente per non avere immediatamente provveduto a richiedere la cancellazione.

(1) Casale, 26 gennaio 1869, *Giur. tor.*, VI, 325.

(2) Cass. Torino, 30 novembre 1870, *Giur. tor.*, VII, 55; Casale, 19 giugno 1871, *Giur. tor.*, VIII, 531; Torino, 13 maggio 1872, *Giur. tor.*, IX, 427.

larità dei documenti in base ai quali furono eseguite (1); che per conseguenza la cancellazione della iscrizione, comunque operata illegalmente, produce perdita del grado, tanto in confronto ai creditori già iscritti, quanto rispetto agli altri che si iscrivono nell'intervallo fra la cancellazione e la reiscrizione (2). Fu deciso ancora, che eseguita la cancellazione, la sua nullità, dipendente dalla nullità del consenso prestatovi, non è opponibile ai creditori che vi furono estranei e che contrattarono sulla fede del certificato negativo del conservatore (3); che invece non è opponibile ai creditori che presero parte all'atto portante il detto consenso e che stipularono appunto a proprio favore la cancellazione della ipoteca anteriore (4). Fu deciso finalmente, che data la nullità della cancellazione di una ipoteca, questa non riprende grado che dalla nuova iscrizione, rimanendo a carico del conservatore la responsabilità dei danni (5); che revocata la sentenza che ordinava una cancellazione già eseguita, debbono condannarsi alla emenda dei danni quelli che avevano chiesto ed ottenuto la cancellazione e indebitamente proceduto alla medesima; ordinare la reiscrizione non basta, perchè questa prende grado dalla sua data se i fondi sono sempre in possesso del debitore, e non può aver luogo in pregiudizio dell'acquirente che abbia trascritto il suo titolo (6); che il conservatore è responsabile per avere operata la cancellazione in esecuzione di un provvedimento non ancora definitivo (7).

---

(1) Cass. Roma, 1 dicembre 1891, *Giur. it.*, 1892, I, 1, 5.

(2) Stessa decisione. V. ancora Roma, 26 luglio 1892, *Temi rom.*, XII, 470.

(3) Cass. Torino, 7 luglio 1892, *Giur. tor.*, XXII, 597.

(4) Stessa decis. V. ancora Genova, 31 ottobre 1892, *Temi gen.*, 1892, 691.

(5) Messina, 6 agosto 1894, *Giur. it.*, 1894, 574.

(6) Bologna, 10 luglio 1894, *Mon. giur. Bol.*, 1894, 236. La sentenza veramente parla di acquisto di buona fede; ma è risaputo che in questa materia non è questione di buona o di mala fede, ma bensì di trascrizione del titolo di acquisto.

(7) Bologna, 8 maggio 1891, *Foro it.*, 1891, I, 1024. In tesi generale il

Termineremo osservando che ci sembra pericolosa e non meritevole di accoglienza una recente decisione della cassazione belga, secondo la quale la iscrizione cancellata in virtù di un atto dichiarato falso produce effetto come se l'ipoteca non avesse mai cessato di essere iscritta (1); il principio della pubblicità non ammette restrizioni; per conseguenza, qualunque sia la causa per la quale una iscrizione è stata cancellata, la cancellazione è sempre invocabile dai terzi che hanno contrattato in base alle resultanze dei registri (2).

753. Per la riduzione e cancellazione delle annotazioni di vincolo e di ipoteca presa su iscrizioni nominative di rendita pubblica, sono a seguire le disposizioni delle leggi e regolamenti speciali riguardanti le iscrizioni stesse (3).

---

principio è giusto. Non lo era nella specie, perchè si trattava di provvedimento emanato sul suo rifiuto ai sensi dell' art. 2039 cod. civ. Ora il conservatore aveva diritto di reclamare, ma non obbligo di farlo; reclamando, aveva posto al coperto la propria responsabilità.

(1) Cass. belgique 20 aprile 1893, *Journ. du Pal.*, 1894, IV, 29.

(2) La giurisprudenza francese a questo riguardo distingue. L' iscrizione cancellata indebitamente riprende i suoi effetti di fronte ai creditori iscritti prima della cancellazione (Parigi, 17 giugno 1875; Rouen, 10 maggio 1875; Douai, 27 febbraio 1878, *Sirey*, 1877, II, 117; *Journ. du Pal.*, 1877, 484, 1878, 1159): ma l' iscrizione ristabilita non può opporsi ai creditori iscritti nell' intervallo (Cass. fr. 26 gennaio 1814, 9 decembre 1846, 13 aprile 1863, 25 aprile 1880, *Journ. du Pal.*, 1814 à sa date, 1847, I, 129, 1863, I, 921, 1881, I, 163). Contro: POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 460 in nota.

(3) Legge 10 luglio 1861; Regolamento 6 ottobre 1870, modificato con R. Decreto 20 settembre 1874; POCHINTESTA, *op. cit.*, II, 462.

INDICE

DEL VOLUME SECONDO

Delle Ipoteche

TITOLO II

FORMALITÀ IPOTECARIE

CAPO I

DELLA PUBBLICITÀ DEI REGISTRI E DELLA RESPONSABILITÀ DEI CONSERVATORI

SEZIONE I

REGISTRI IPOTECARI.

SEZIONE II

PUBBLICITÀ DEI REGISTRI.

SEZIONE III

RESPONSABILITÀ DEI CONSERVATORI.

CAPO II

DELLA ISCRIZIONE

SEZIONE I

GENERALITÀ.

SEZIONE II

PERSONE OBBLIGATE A PRENDERE ISCRIZIONE.

SEZIONE III

PERSONE CHE POSSONO RICHIEDERE LA ISCRIZIONE.

SEZIONE IV

MODO DI PRENDERE L' ISCRIZIONE.

§ I.

Presentazione del titolo.

§ II.

Presentazione delle note.

A

Generalità.

B

Requisiti delle note.

A

Requisiti essenziali.

B.

Altri requisiti.

§ III.

Iscrizione e restituzione delle note.

SEZIONE V

IRREGOLARITÀ DELL' ISCRIZIONE. NULLITÀ E RETTIFICAZIONE.

SEZIONE VI

SPESE DELLA ISCRIZIONE.

CAPO III

DELL' ANNOTAZIONE.

SEZIONE I

CESSIONE, SURROGAZIONE, PEGNO DEL CREDITO.

§ I.

Forma dell' annotazione.

§ II.

Effetti dell' annotazione e della sua mancanza.

SEZIONE II

CESSIONE DEL GRADO IPOTECARIO E PATTI ANALOGHI.

SEZIONE III

ALTRI CASI NEI QUALI SI FA L' ANNOTAZIONE.

CAPO IV

DELLA RIDUZIONE DELLE IPOTECHE.

SEZIONE I

PER QUALI IPOTECHE E IN QUALI CASI È CONCESSA L'AZIONE DI RIDUZIONE.

SEZIONE II

FORME E PROCEDIMENTO DELLA RIDUZIONE.

SEZIONE III

SPESE DELLA RIDUZIONE.

CAPO V

DELLA RINNOVAZIONE.

SEZIONE I

GENERALITÀ.

SEZIONE II

FORME DELLA RINNOVAZIONE.

SEZIONE III

CESSAZIONE DELL'OBBLIGO DI RINNOVARE.

TITOLO III

EFFETTI DELLA IPOTECA

CAPO I

EFFETTI GENERALI DELLA IPOTECA.

SEZIONE I

GENERALITÀ

SEZIONE II

ORDINE DELLE IPOTECHE NEI RAPPORTI DI PIÙ CREDITORI FRA LORO.

A.

Del grado ipotecario.

B.

Collocazione dei crediti.

C.

Della ipoteca costituita per sicurezza di crediti futuri.

SEZIONE III

COLLOCAZIONE DEGLI ACCESSORI DEL CREDITO.

§ I.

Delle spese.

§ II.

Degl'interessi.

SEZIONE IV

SURROGAZIONE IPOTECARIA.

1.°

A chi spetta e in quali casi la surrogazione ipotecaria.

2.°

Su quali beni può esercitarsi la surrogazione.

3.°

Entro quali limiti di tempo può esercitarsi la surrogazione.

4.°

Con quali forme la surrogazione può esercitarsi.

5.°

Effetti della surrogazione.

6.°

Disposizione speciale dell' art. 2087 cod. civ.

CAPO II

EFFETTI SPECIALI DELLA IPOTECA RIGUARDO AL TERZO POSSESSORE.

SEZIONE I

SIGNIFICATO DELLA PAROLA TERZO POSSESSORE.

SEZIONE II

PURGAZIONE VOLONTARIA.

SEZIONE III

PURGAZIONE COATTIVA.

SEZIONE IV

RILASCIO DELL' IMMOBILE IPOTECATO.

SEZIONE V

ESPROPRIAZIONE CONTRO IL TERZO POSSESSORE.

SEZIONE VI

NORME COMUNI AL RILASCIO E ALLA VENDITA ALL'INCANTO.

TITOLO IV

DELLA ESTINZIONE DELLA IPOTECA E DELLA CANCELLAZIONE DELLE ISCRIZIONI

CAPO I

ESTINZIONE DELLA IPOTECA.

SEZIONE I

ESTINZIONE INDIRETTA DELLA IPOTECA.

SEZIONE II

ESTINZIONE DIRETTA DELLA IPOTECA.

SEZIONE III

RINASCENZA DELLA IPOTECA.

CAPO II

CANCELLAZIONE DELLE ISCRIZIONI.

SEZIONE I

CANCELLAZIONE CONSENSUALE.

SEZIONE II

CANCELLAZIONE GIUDIZIALE.

SEZIONE III

NORME COMUNI AI DUE CASI.

FINE.

G. J. A.
1/7/11